التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار

أ.د/ عصام الدين القصبى

رئيس قسم القانون الدولي الخاص

كليه الحقوق جامعة المنصورة

مقدمـــــــة :

١ــ درجت الدول، التي يقصر الادخار الوطني فيها وعائــدات ثرواتهــا الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاظمة لرؤوس الأموال التي تــستلزمها خططهــا التنموية، علي انتهاج سياسات من شأنها العمل على حفز وتشجيع الاســتثمارات الأجنبية، وذلك بتوفير وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية.

ولاشك إن شرط التحكيم الدولي، الذي يرمي إلى التخلص مــن هيمنــة القضاء الرسمي من اجل تسوية المنازعات التي تثور – أو التي يمكــن إن تثــور – بمناسبة تنفيذ أو تفسير عقود الاستثمار، يحتل مكانا هاما وبــارزا في مجــال هــذه الضمانات.

٢ــ في الواقع إن إدارج شرط التحكيم في مجال عقود الاســتثمار لــيس بالنهج العملي المستحدث[١] ففي بداية القرن العشرين وفي غياب تشريعات وطنيــة

[١] يلاحظ بداءة إن تعبير الاستثمار قد استخدم في هذه الدراسة وفق مدلوله العام الواسع الذي يضم كــل العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبية والــتي



خاصة بالاستثمار أو باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد، درجت عقــود الامتيــاز البترولية وعقود الأشغال العامة على قبول شرط التحكيم(٢).

ففي ظل اعتقاد سائد، صحيح أم خاطئ، بان الأجهزة القضائية في الدول النامية ليست لها الدرجة الكافية من الاستقلال في مواجهة السلطة الــسياسية، وفي غياب المحاكم الوطنية المتخصصة لدى هذه الدول التي تتوافر لها الدرايــة بــشئون الاستثمار ومجالاته المعقدة، فان شرط التحكيم الوارد في عقود الاستثمار أضــحى غيابه بمثابة شرط حمائي يحرص المستثمر على إدارجه ليس فقط بسبب الخشية مــن

تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، فالهدف من فــتح مجــالات الاستثمار أمام رأس المال الأجنبي هو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في إطار السياسة العامة للبلاد وفى حدود خططها القومية.

فعقود الاستثمار تعد إذن وفق هذا المفهوم مرادفة لما يمكن إن نطلق عليه عقــود التنميــة الاقتــصادية *Economic development contracts*.

(٢) وهناك العديد من الأمثلة على ذلك في مجال الاتفاقات البترولية بصفة خاصة: اتفاقية عــام ١٩٣٣بــين المملكة العربية السعودية وشركة استاندر أويل كوربوريشن(كاليفورنيا) (م٣١)، اتفاقية المنطقة المحايدة المبرمة في ٢٠ فبراير ١٩٤٩بين المملكة العربية السعودية وباسيفك وسترن أويل كوبوري (م٤٥)، اتفاقية البترول المبرمة في ١٠ ديسمبر ١٩٥٧بين المملكة العربية السعودية والشركة التجارية اليابانية للبتــرول) م٥٥)، اتفاقية البترول المبرمة في عام ١٩٥٢ بين العراق وشركة النفط التركية] م٤٠]، وفى مصر أيضا نجد اتفاق استغلال منطقة سدر للبترول المبرم في ١٠ نوفمبر ١٩٤٨ بين الحومــة المــصرية والــشركة الإنجليزية المصرية لحقول البترول (م٣٨).... الخ، راجع محمد لبيب شقير "الاتفاقات البتروليــة العربيــة "١٩٦٩، انظر أيضا فيما يتعلق باعتياد اللجوء إلى شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار بصفة عامــة والاتفاقات البترولية بصفة خاصة:

BOURQUIN, Arbitration and Economic Development Agreements, The Business Lawyer, p. 867, H. CATTAN, The Law of Oil Concessions in the Middle East .and North Africe "New York, 1967, p.8

اللجوء إلى المحاكم القضائية في الدول المضيفة للاستثمار دائمًا أيضًا لتوافر الاقتناع بأسلوب التحكيم كوسيلة ملائمة لفض منازعات الاستثمار.

وقد تأكدت أهمية اللجوء إلى التحكيم الدولي أيضًا بعد صدور قوانين الاستثمار في كثير من دول العالم الثالث. حرصت هذه الدول على تضمين هذه القوانين مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب المستثمرين الأجانب، إلا إن هذه المزايا أو تلك الضمانات التي ينص عليها قانون الدولة المضيفة **le pays hot** (ويطلق عليها الدولة المتلقية لرأس المال الأجنبي **Le pays d'accueil**) أو التي تشتمل عليها عقود الاستثمار المبرمة معها، تصبح نظرية محضة، مجرد وعود من جانب الدولة وآمال من جانب المستثمر، في غياب وسيلة فعالة، كالتحكيم الدولى، قادرة على مراقبة تنفيذها والإشراف على تطبيقها وقادرة عند الاقتضاء على إجبار الدولة المضيفة على احترام تعهداتها[٣].

هذه الاعتبارات قد استنفرت جهوداً فقهية واكبتها مبادرات قضائية توجتها اتفاقيات دولية، ترمي في مجموعها إلى إرساء العديد من المبادىء القادرة على توفير الفاعلية الضرورية والممكنة لضمان نجاح هذه الوسيلة القضائية الخاصة وتحاشى العقبات التي تحول دون توظيف آليتها في خدمة الاستثمار وأهمها تلك المتعلقة بوجود الدولة أو أشخاص القانون العام الاعتبارية الأخرى طرفاً في اتفاقيات التحكيم.

---

[٣] انظر:

AMADIO (M.), Les contentieux international de l'investissement privé et la convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965" Coll. Droit et la coopération économique et sociale international, Paris, T. ll, 1967, P.37.



٣ــ في الحقيقة. إن هناك تطوراً ملحوظاً حدث في مفهوم الاستثمار بصفة عامة. حتى بداية الستينيات انشغل الفقه الاقتصادي فقط بحاجة الدول الآخذة في النمو لرؤوس الأموال الأجنبية، والخاصة منها على وجه الخصوص، لدعم عمليات التنمية فيها.

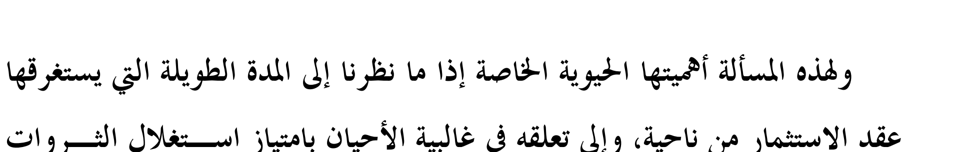
إلا إن المتخصصين في مجالات التنمية الاقتصادية صارت لديهم الآن القناعة التامة بان جدوى المشروعات الاستثمارية الخاصة ومدى مساهمتها في دفع اقتصاديات الدول النامية قدمًا لا يمكن إن تكون له إجابات مسبقة. هذه الإجابات تقتضى- في الواقع - فحصًا دقيقًا لظروف ومسائل محددة تدور حول مدى تحقيق المشروع لأهداف التنمية في الدولة المضيفة وذلك من ناحية مردوده الإيجابي على زيادة توزيع الدخل والعمالة بها ومدى مساهمته في إصلاح الخلل في ميزان المدفوعات ومقدار نجاحاته في إدخال واستيعاب تقنيه تفتقر لها احدى القطاعات الاقتصادية في الدولة....الخ[٤].

وتحقيق المشروع الاستثماري لأهداف التنمية في الدولة المضيفة لا يمثل شرط وجود فحسب وإنما يعد أيضاً شرطاً مستمرًا ينبغي توافره مادام المشروع الاستثماري موجودًا على ارض الدولة متمتعًا بالمزايا المقررة له.

---

[٤] انظر:

KAUSI (J.), State Contracts with Foreigners, Considerations on Law and Policy, These, Helsinki, 1976 P.3.



ولهذه المسألة أهميتها الحيوية الخاصة إذا ما نظرنا إلى المدة الطويلة التي يستغرقها عقد الاستثمار من ناحية، وإلى تعلقه في غالبية الأحيان بامتياز استغلال الثروات الطبيعية للبلاد من ناحية أخرى.

هكذا فان إرادة حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة لا تشكل نهاية المطاف أو الهدف الوحيد، فهي ليست إلا وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية للبلاد، فهذه الأخيرة يجب إن تحظى باهتمام لا يقل عن سابقتها.

أخذاً بهذه الاعتبارات، فإن وضع التحكم الدولي وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لا يجب إن يقتصر فحسب على تشجيع الاستثمار الخاص الأجنبي وإنما يجب إن يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين وهو ما يقتضي الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار.

٤- لذا فان دراستنا لخصوصية التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار لا تعني استعراض شروط التحكيم التي جرى العمل على إدراجها في هذا المجال وما تتضمنه من نظم خاصة بتشكيل هيئة التحكيم والقواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الإتباع لفض مثل هذه المنازعات[(٥)مكرر]. فهذه الدراسة وإن تعرضت لهذه المسائل بالقدر الذي يثري نقاط البحث ويكشف غوامضه، فإنها تتركز أساساً على موضوع رئيسي وهو دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار.

---

(٥) مكرر انظر:

FOUSTOUCUS (A.), L'arbitrage international en Droit prive Hellénique,para 446, p.293.



٥ــ هناك خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو احد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفًا في هذه المنازعات، إلا أن المسألة لا تقف عند حد أطراف النزاع ومراكزهم القانونية فطبيعة روابـط الاستثمار أيضًا قد أضافت بعدًا ثانياً للمشاكل التي تواجه المحكمون والتي يتعين إن تحظى من جانبهم بموفور البحث والتدقيق.

فروابط الاستثمار بطبيعتها ذات آجال طويلة، كما أنها ذات صلة وثيقـة بكيان الدولة المضيفة سواء بطريق مباشر، عندما يتعلق الأمر باسـتغلال الثـروات الطبيعية للبلاد، أو بطريق غير مباشر، من ناحية تأثيرها في خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، مما جعل للدولة كطرف في هذه الروابط، امتيازات وصلاحيات تضفي على المنازعات التي تثور بمناسبة استخدامها طابعا خاصا.

لذا كان طبيعيًا أن تدور منازعات الاستثمار في جل صورها حـول تغـير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي صاحبت نشأة العقد[٦]، ممـا قـد يدعو إلى ضرورة مراجعته أو إعادة التفاوض بشان التزامات أطرافه، وقد تدفع مثل هذه المتغيرات بالدولة– الطرف في العقد – إلى اتخاذ بعض الإجراءات أو اللجـوء

[٦] والمقصود هنا ليس العقد بمعناه الضيق وإنما المقصود رابطة الاستثمار بمفهومها الواسع والتي قد تأخذ شكل العقد أو الترخيص الصادر من الدولة المضيفة، كما قد تنشأ هذه الرابطة في إطار اتفاقية دولية للاستثمار. وتجدر الإشارة إلى إن اتفاق التجارة الحرة مع أمريكا الشمالية، والذى يطلق علية ال***NAFTA*** اختصارًا ل *North American Free Trade Agreement*،بين الولايات المتحدة وكندا والمكسيك تضمنت تحديداً لمعنى الاستثمار بما في ذلك الاستثمار غير مباشر وصوره المختلفة.

لبعض الأعمال النابعة من سلطاتها السيادية[٧]. الأمر الذي يدعونا إلى بحث دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لفقد الاستثمار.

٦ــ إن طبيعة عقود الاستثمار تقتضي من واضعيها تضمينها شرطًا يسمح للأطراف بإعادة التفاوض حول شروط العقد إذا حدثت متغيرات معينة.

ويذهب جانب من الفقه إلى انه إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق حول هذا الشرط فانه يتعين عليهم السماح لهيئة التحكيم بتعديل شروط العقد للحفاظ على التوازن الاقتصادي الذي كان في يقينهم عند إبرام هذا العقد[٨]. ويؤكد هذا الرأي على تلك الشروط تعد مفيدة في عقود الاستثمار الدولية المبرمة بين كيان خاص

---

[٧] هذه الطبيعة الخاصة بعقود الاستثمار ومنازعاتها دفعت الكثير من الدول إلى إبرام اتفاقات خاصة بتسوية منازعات الاستثمار في قطاعات حيوية معينه.ففى عام ١٩٩٤ابرمت اتفاقية ميثاق الطاقة *Energy Charter Treaty(ECT*) وهى اتفاقية صدقت عليها حوالى ٤٩دولة يدخل ضمنها *OECD*،*CIS*، ودول أوربا الشرقية، الجماعة الأوروبية، اليابان، استراليا، منغوليا، وروسيا، النرويج ....إلخ.... للمستثمر طبقا لأحكام هذه الاتفاقية إن يختار التحكيم طبقًا لأحكام أو طبقًا للتسهيل الإضافى لمركز التحكيم التابع للبنك الدولي *ICSID* (أى حتى ولو كان احد الأطراف ليس عضواً باتفاقية واشنطون)، كما يمكن إن يختار التحكيم طبقا لقواعد ال*Unictral* أو حسب قواعد غرفه التجارة باستكهولم عندما يكون الأمر متعلقًا بانتهاك الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية الطاقة(كالمعاملة غير التميزية، والحد الأدنى الدولي للالتزام العادل، التعويض الفورى عن المفقودات، التعويض العادل في حاله التأميم أو المصادرة، إعادة تحويل المال المستثمر ...الخ)

راجع:

FULBRIGHT & JAWORSKI, United Kingdom: IV International Investment Arbitration Part 1 by Howell, www.mondaq.com, 09-10-2006 .

[٨] انظر:

K. BERGES, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, The role of Contract Drafters and Arbitrators ,36 vandl. J_Transnational Law, 200, p..1347



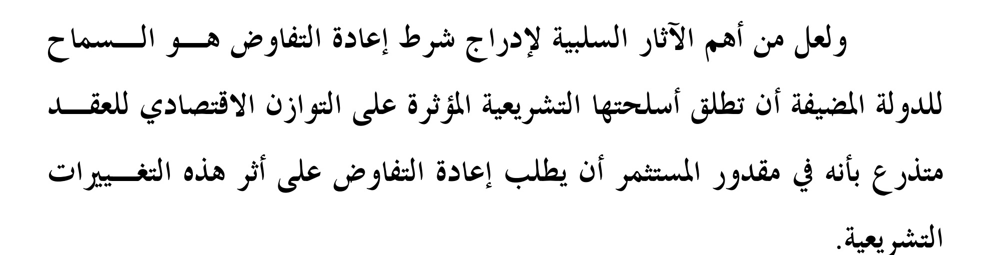
وآخر حكومي.. فهذه العقود ذات آجال طويلة نسبيًا وأن المناخ السياسي والاقتصادي والاجتماعي عرضة للتغيير خلال هذه الفترة مما قد يؤثر بشدة على العائد الاقتصادي الذي ينتظره الطرفان من وراء هذه العقود. هذا الشرط لا يقتصر على تحقيق الحماية لطرف دون آخر فهو يحقق المكنة للدولة في تغيير قانونها وفي نفس الوقت يوفر تدبير حمائي للمستثمر.

في الواقع نحن نتفق مع هذا الاتجاه من حيث اعتباره مشروط بإعادة التفاوض ليست بمثابة دواء شامل مجرد عن المثالب أو الآثار الجانبية.. فهذه الشروط نفسها تؤثر على استقرار العقد بل قد تؤثر في التكلفة الشاملة للصفقة، والأكثر من ذلك إن محكمة التحكيم نفسها قد ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة وان لم تفصل قد لا يلقي حكمها نفاذًا لنفس السبب[٩]. وأخيرًا قد لا يزود الأطراف محكمة التحكيم بأدوات أو معايير لإعادة التوازن للعقد، ناهيك عن أن ما تنتهي إليه المحكمة إعادة لصياغة العقد قد ينتهي إلى نتائج تفوق بالنسبة للطرفين كل توقع أو حسبان[١٠].

---

[٩] من الملاحظ أن شرط وجود المنازعة يعد شرطاً مسبقاً ***prerequisite*** للتحكيم تحت مظلة ال ***ICSID*** وكذلك بالنسبة لقانون التحكيم الأنموذج الصادر عن ال ***UNCITRAL*** مع ملاحظه أيضا إن الحكم الصادر في هذه الحالة لن يلقى نفاذًا طبقًا لاتفاقية نيويورك.

[١٠] هذه الأسباب دفعت غرفة التجارة الدولية إلى العدول في عام ١٩٩٤ عن موجهات خاصة بإعادة التوافق للعقد أصدرتها في عام ١٩٧٨. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأوساط التجارية في الولايات المتحدة تقتصر على إعادة التفاوض القسرى وذلك لتمسكهم بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين *Pacts sunt servanda*..



ولعل من أهم الآثار السلبية لإدراج شرط إعادة التفاوض هو السماح للدولة المضيفة أن تطلق أسلحتها التشريعية المؤثرة على التوازن الاقتصادي للعقد متذرع بأنه في مقدور المستثمر أن يطلب إعادة التفاوض على أثر هذه التغييرات التشريعية.

في الحقيقة إن الأمر هنا منتهى في الغالب لصالح الدولة المضيفة لأن المستثمر سيسعى في أفضل الحالات إلى إعادة بناء الصفقة والعودة بها اقتصاديًا إلى مراحلها الأولى قبل إن تقدم الدول المضيفة على هذا التغيير التشريعي(١١) وهو ما قد تستجيب له محكمة التحكيم أو تقرر عدم ملاءمته.

٧ــ في الواقع إن الشروط الرامية لإعادة الاستقرار للعقد تعرضت لتطور جوهري منذ المناقشات الواسعة التي دارت حول صلاحيتها في السبعينيات والتي مازال الفقه الحديث يتناولها بالتقييم(١٢).

---

(١١) طبقاً للمادة ٣٤ من نموذج اتفاق المشاركة في مجال التنقيب عن البترول واستخراجه في دولة قطر" حيث أن المركز المالى للمستثمر (المتعاقد) قد تحدد طبقاً لهذا الاتفاق على أساس القوانين واللوائح السارية في ذلك التاريخ فمن المتفق عليه أنه إذا صدر أى قانون أو لائحة أو مرسوم يؤثر في المركز المالى للمتعاقد وعلى وجه الخصوص إذا زادت الرسوم الجمركية *Customs Duties* خلال مدة سريان الاتفاق، سيصل كلا الطرفين في مفاوضات على أساس *good faith* حسن النية، للوصول إلى حل عادل يحافظ على التوازن الاقتصادى للعقد، إذا خفق الطرفان في الوصول إلى هذا الحل فإن القضية يمكن أن تحال بواسطة أى من الطرفين التحكيم" الذي قد ينتهى إلى التأكيد على حق الدولة في استيفاء هذه الرسوم.

(١٢) انظر:

THOMAS W. WACLDE & GEORGE NDI, Stabilizing international Investment Commitments: International Versus contract Interpretation 31 Tex Int. L.J 215-(1996) 2002.



المبحـــــــث الأول

التحكيم الدولي والمنازعات الناجمة عن التغير في شروط التعاقد

٨- إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقــود بــصفة عامــة وتتعاظم أهميته في مجال الاستثمار بصفه خاصة. هذا التــوازن الاقتــصادي يتــأثر بلا شك بفعل التغير في الظروف التي عاصرت إبرام العقد. تلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار التام كما في حالات القوة القاهرة، وقد تصيب هذا التــوازن بالخلل مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشان شروطه[١٣].

٩- القوة القاهرة وأثرها في عقود الاستثمار:

القوة القاهرة في مفهومها الاصطلاحى تعنى حدث أو مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع المدين توقعها أو تداركها يترتب عليها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون إن يتحمل تبعة ذلك[١٤].

---

(١٣) وجدير بالذكر إن الخلل في التوازن الاقتصادى لا يرتبط في عقود الاستثمار بأسباب اقتصادية فحسب وإنما قد يحدث هذا الخلل أيضا نتيجة لظروف سياسية أو اجتماعية حالت دون تنفيذ احــد الأطــراف لالتزاماته.

(١٤) وإذا كانت نظريه القوة القاهرة تشترك مع نظرية الظروف الطارئة في استنادهما لقاعــدة *Robus Sic Stantibus* ومقتضاها إن العقد يقوم على شرط مضمر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطًا ببقاء الظروف التي ابرم في ظلها، فان الفارق بين النظريتين يظل قائماً "القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أمــا الحادث الطارئ فيجعل تنفيذه مرهقًا لا مستحيلاً ويترتب على ذلك فرق في الأثر إذ إن القوة القــاهرة تؤدى إلى انقضاء الالتزام فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه أما الحادث الطارئ فلا ينقضى الالتزام به بل يرتد إلى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئًا من تبعة الحادث "، راجــع السنهورى، الوسيط ج١ص ٦٤٥، وقد أشارت أيضا إلى هذا المعنى المذكرة الإيــضاحية للمــشروع

ونظراً لأهمية هذه الأحداث وأثرها على حياة العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار. إلا إن ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناجمة عن أعمال هذا الشرط والتى أكدت في الوقت نفسه على إن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار بصفة عامة.

فالمنازعات التي تدور حول حالة القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفنى ومن ثم فان الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة يتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراية العملية الكافية وهى أمور لا يستطيع رجل القضاء العادى ادعاؤها.

ومن ناحية أخرى، وبعيداً عن الجانب الفنى الذي تتسم به منازعات القوة القاهرة، فان المهمة الأساسية التي سيضطلع بها المحكمون لن تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها والذى يتركز في غالبية الأحيان حول اثر هذه القوة القاهرة على العقد الأصلى.

هنا أيضًا تبرز أهمية فض مثل هذه المنازعات بطريق التحكيم، وذلك إن أطرافه لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحدث الذي أوجد حالة القوة القاهرة، وذلك خلافًا للقواعد العامة المستقرة في معظم الأنظمة القانونية، وإنما قد يجدون من المناسب أكثر من ذلك إن يعيدوا النظر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها.فى مثل هذا المناخ الذي لا يتسم بالندية التي تسود الخصومات التي تشهدها ساحات القضاء

التمهيدى للقانون المدنى المصرى، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٢٨١، راجع أيضا مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية في المواد المدينة، محمود احمد عمر، ج١ ص٥٢، رقم٣٢.



يكون التحكيم هو الطريق الأمثل لتسوية هذه المنازعات.

في الواقع إن الغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة هو تحديد المقصود بها، وذلك إما بالإحالة في هذا الصدد لنظام قانوني معين، وهو ما يغلب إن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد نفسه[١٥]، أو بإجراء تحديد حصرى يتضمن بيانًا جامعًا بالأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح، وهنا قد تكون لعقود الاستثمار خصوصيتها لارتباط هذه الأحداث عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية أو لصلتها بطبيعة النشاط الاستثمارى[١٦].

ومن نافلة القول إن عبء إثبات الحدث أو الأحداث التي تشكل حالة القوة القاهرة إنما تقع على عاتق من يدعيها، ولا يقتصر الأمر هنا على إثبات هذه الأحداث وإنما يتعين أيضًا على المدين إن يقيم الدليل على إن هذا الحدث لم تكن لإرادته دخل في وقوعه كما انه لم يكن بوسعه توقعه أو تداركه عقب حدوثه.

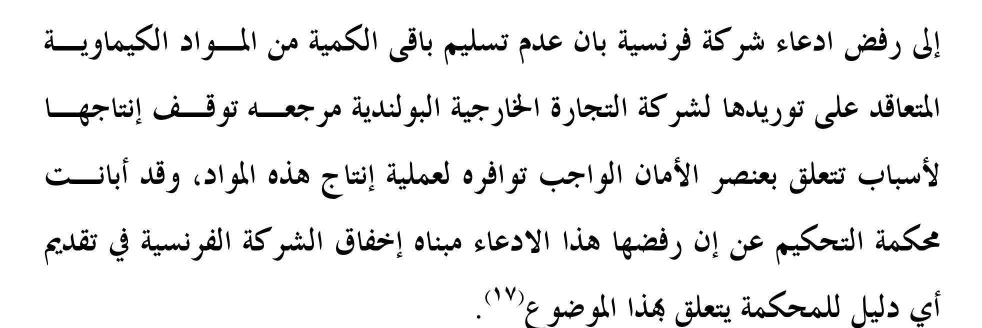
وقد ذهبت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الخارجية البولندية في وارسو،

---

(١٥) انظر:

G. DELAUME, Execuse for non-performance and force majeur in economic development agreements", Colum. Journal of transnational law, 1971, p.246, PH KAHN, force majeure et contrats internationaux de longue durée" Clunet, 1975, p. 474.

(١٦) مثال ذلك الإضراب عن العمل، إغلاق المنشاة، الحرب، الثروات الداخلية، الاضطرابات السياسية، أعمال السلطة العامة ...الخ وتجدر الإشارة إلى إن المبادئ الصادرة عن ال *UNIDROIT* الخاصة بالعقود التجارية الدولية تعرف الكلفة أو المشقة التي تعد أساس القوة القاهرة أو أثرها الرئيسى بأنها "أحداث تؤثر بشده في توازن العقد سواء بزيادة تكلفه أداء أحد الأطراف أو تخفض قيمه العائد إليه وكون هذه الأحداث غير معروفه أو متوقعه وقت إبرام العقد أو كانت خارج سيطرة الطرف المضار..



إلى رفض ادعاء شركة فرنسية بان عدم تسليم باقى الكمية من المـــواد الكيماويـــة المتعاقد على توريدها لشركة التجارة الخارجية البولندية مرجعـــه توقـــف إنتاجهـــا لأسباب تتعلق بعنصر الأمان الواجب توافره لعملية إنتاج هذه المواد، وقد أبانـــت محكمة التحكيم عن إن رفضها هذا الادعاء مبناه إخفاق الشركة الفرنسية في تقديم أي دليل للمحكمة يتعلق بهذا الموضوع[١٧].

١٠- وإذا كان من المقرر إن الأحداث التي يمكن إن تشكل حالة القوة القـــاهرة يتعين إن لا تكون لإرادة الطرف الذي يدفع بها دخل في وقوعها، فان المسألة تـــدق في حالة ما إذا كان هذا الطرف شخص من أشخاص القانون العام الاعتبارية التابعة للدولة، وكانت حالة القوة التي يتمسك بها مبعثها أعمال سيادية أقدمت عليها هذه الدولة وحالت دون تنفيذ الشخص الاعتبارى لالتزاماته.

هذه المسألة قد طرحت بمناسبة تمسك الهيئة المصرية العامة للـــسياحة والفنـــادق EGOTH بانعدام مسئولياتها عن الأضرار التي لحقت بشركة S.P.P.من جراء عدم تنفيذ الأولى لالتزاماتها وذلك على أساس إن القرار الجمهـــورى الـــصادر بإلغـــاء المشروع المتعاقد عليه يمثل قوة قاهرة تدفع عن هذه الهيئة مسئولياتها العقدية[١٨].

وإذا كانت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية قد أقرت بـــان إلغـــاء المشروع، مشروع هضبة الأهرام، قد تم بقرار على أعلى مستوى في الدولة في قضية

---

(١٧) راجع في هذه القضية:

Award of 28 August 1986 in case n.127/85, in yearbook comm... Arb'n. XIV 1989 .P. 181

(١٨) راجع في هذه القضية والتعليق على الحكم الصادر فيها، بحثنا في خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار فقرة ٤٧ – ٤٩.



ذات أهمية عامة بالغة، فأنها لم تتعرض لأثر هذه الأحداث السياسية علـى مـصير العقود المبرمة والتزامات أطرافها، ولم تلتفت إلى ما أثير حول قيام حالة القوة القاهرة نتيجة لهذه الأحداث.

والذى يبدو في القضية إن المحكمة قد صبت جل اهتماماتها حول تأكيد طرفيـه الحكومة المصرية في العقد ومسئوليتها الكاملة عن إلغاؤه، ووصولاً إلى هذا الهدف تغافلت الالتزامات التي ترتبها العقود المبرمة على عاتق EGOTH، بل أنها تناسـت الوقائع التي أفردتها لهذه القضية وجعلت من الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق مجرد أداة اتصال بين الحكومة المصرية والمستثمر الأجنبى يقع على عاتقها التزام ببذل عناية إن تفعل ما في وسعها لدفع الحكومة إلى الوفاء بالتزاماتها[١٩].

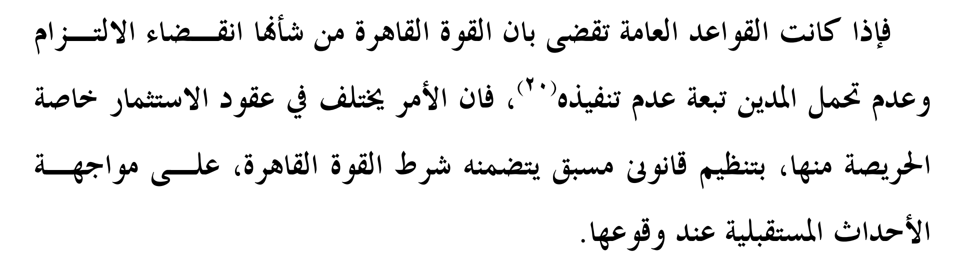
في الواقع، إن مفهوم القوة القاهرة قد تحقق في هذه القضية، فالأحداث الـتي وقعت لم يكن في وسع الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق توقعها أو تـداركها كما أنها لم تساهم بإرادتها في وقوعها، ولكن يبدو إن المحكمة لم تشأ إفساح المجـال لهذا الدفع وإغفال طرفية الدولة لأنها لو فعلت غير ذلك لوجدت نفسها مـضطرة لإعفاء ايجوث من مسئولياتها ومواجهة الحكومة المصرية في ميدان أعمال السيادة.

١١– مما تقدم تبدو أهمية إدراج شرط خاص بالقوة القاهرة في العقد، ليس فقط من اجل تحديد المقصود بها وحالاتها وإنما أيضًا تحديد الآثار التي تترتب عليها، وهنا أيضًا نجد لعقود الاستثمار خصوصيتها.

---

(١٩) راجع:

Ph. Le boulanger Etat, Politique et Arbitrage, L'affaire du plateau des Pyramides rev. Artitrage ,1986, p.25.



فإذا كانت القواعد العامة تقضى بان القوة القاهرة من شأنها انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه[٢٠]، فان الأمر يختلف في عقود الاستثمار خاصة الحريصة منها، بتنظيم قانونى مسبق يتضمنه شرط القوة القاهرة، على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها.

فقد لا يقف الأمر عند حد تقرير عدم مسئولية من حالت تلك الأحداث دون قيامه بتنفيذ التزاماته وإنما قد يكون من آثار هذه القوة القاهرة وقف العقد واستمرار هذا الإيقاف ما بقيت تلك الأحداث قائمة، أو منح مدة إضافية للاستغلال الممنوح للمستثمر (كما هو الحال في عقود الامتياز المقيدة المدة)[٢١]، أو قد يصل الأمر أحيانًا إلى إنهاء العقد بصفة نهائية[٢٢].

---

(٢٠) ويرى جانب من الفقه محل اعتبار انه" إذا كان العقد ملزما للجانبين، فالمدين الذي انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه لقوة قاهرة يتحمل التبعة في صورة أخرى، فهو إذ لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه، إلا إن العقد ينفسخ فيسقط الالتزام المقابل الذي كان فيه هذا المدين دائنا فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة ". راجع :السنهورى، المرجع السابق ص٦٤٤هامش (٤)

(٢١) مثالاً لذلك ما نصت عليه المادة(٢٤)من الاتفاقية المبرمة بين أمير الكويت وشركة تريدرز ليمتد البريطانية (عام١٩٣٣)، من أن: تقصير الشركة في القيام بتنفيذ أي من الاشتراطات والتعهدات الواردة في هذه الاتفاقية لا يعطى الأمير أية مطالبة ضد الشركة أو يعتبر انتهاكا أو خرقا لهذه الاتفاقية مادام ذلك ناشئا عن القوة القاهرة، وإذا ما تأخر تنفيذ أي من شروط هذه الاتفاقية بسبب القوة القاهرة. فإن مدة هذا التأخير مع أي مدة قد تكون ضرورية لإصلاح الضرر الذي حدث أثناء ذلك التأخير تضاف إلى المدد المحددة في هذه الاتفاقية"، راجع "الاتفاقيات الأولى لامتياز النفط الكويتى "إعداد هـ ز ت ارتشيبالد، تشيزهولم، ترجمة حامد عبد الغنى ص٢٦١.

(٢٢) وتذهب عقود الاستثمار أحيانا إلى ابعد من هذا الإبقاء على العلاقة القانونية واستمرار التعاون بين أطرافها وذلك بالنص على انه إذا استشعر الأطراف إن الحادثة التي أوجدتها حالة القوة القاهرة يمكن إن تظل فترة طويلة من الوقت أو إن الأضرار الناجمة عن هذه الحادثة يتطلب إصلاحها تكاليف باهظة، فان



١٢- لا شك إن مهمة الفصل في المنازعات التي تدور حول تحقق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته، هى مهمة فنية في المقام الأول.فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل حالة القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد، وقد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر وما إذا كان مبررا فقط لإيقاف العقد أو انه قد وصل إلى درجة يتعين معها إنهاؤه، كما قد تدور المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض، إن كان له محل طبقاً لشروط العقد، ومداه.

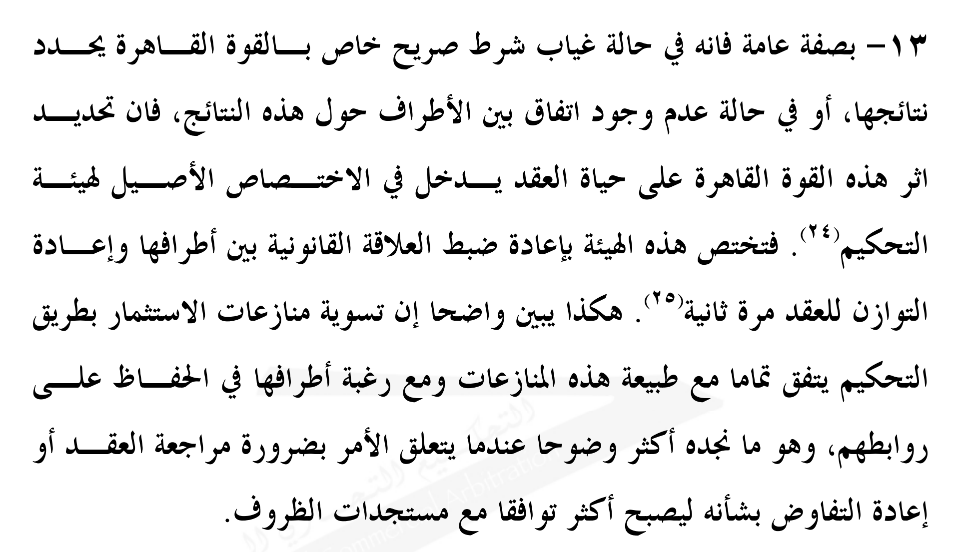
هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على عاتق هيئات التحكيم، فحتى على فرض تعيين هذه الهيئات التحكيمية لخبراء على مستوى عال من التخصص في هذا المجال فان مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم ثم تعيين أهل الخبرة يجعل من المتعذر الوصول إلى نتائج حقيقة تتفق وظروف النزاع خاصة إذا ما أخذنا في الاعتبار إن اللجوء للتحكيم غالبا ما لا يحدث إلا بعد لأي ومناقشات ومفاوضات بين أطراف محاولة للوصول إلى تسوية سلمية للنزاع[٢٣].

عليهم إن يلتقوا من اجل الاتفاق على التدابير الواجب اتخاذها:انظر في ذلك المادة١/٩من العقد المبرم في ٢٧ يوليو ١٩٧١ بين الحكومة اليونانية وشركتي بيجو ورينو الفرنسيتين والماده١/٢٦من العقد المبرم في ٨ فبراير ١٩٦٢ بين حكومة فولتا العليا وشركة ألومنيوم فولتا مشار إليها في *G.DELAUME* ، المرجع السابق، ص٢٥٩.

[٢٣] انظر:

L. KOPELMANAS, Arbitrage et verification technique de la bonnque de la bonne exécution de contrats internationaux dans le domaine de l'industrie Rapport au Iv congres internationaux de l'arbitrage , Rev . Arbitrage 1972, p.408 ets

١٣- بصفة عامة فانه في حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها، أو في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف حول هذه النتائج، فان تحديد اثر هذه القوة القاهرة على حياة العقد يدخل في الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم(٢٤). فتختص هذه الهيئة بإعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطرافها وإعادة التوازن للعقد مرة ثانية(٢٥). هكذا يبين واضحا إن تسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم يتفق تماما مع طبيعة هذه المنازعات ومع رغبة أطرافها في الحفاظ على روابطهم، وهو ما نجده أكثر وضوحا عندما يتعلق الأمر بضرورة مراجعة العقد أو إعادة التفاوض بشأنه ليصبح أكثر توافقا مع مستجدات الظروف.



١٤- تغير الظروف مدعاة لمراجعة عقد الاستثمار:

إن معظم المنازعات التي تقوم بين حكومات الدول المضيفة، والنامية منها بصفة خاصة، والشركات الأجنبية، مبعثها تمسك هذه الحكومات بضرورة تحقيق المزيد من المرونة في النظام العقدى الذي يربطهما حتى يتسنى له استيعاب المتغيرات الجذرية في

لهذه الأسباب فان بعض اتفاقات التحكيم، خاصة المتعلقة بالعقود البترولية، تخص تسوية المسائل ذات الطابع الفني بأسلوب متميز يتركز أساساً في قصر المدة التي يتم خلالها تحديد الخبراء المختصون في هذه المسائل، راجع *J.Logie "Les contrats petroliers iraninens*، المرجع السابق، ص٤١١ وما بعدها.

(٢٤) انظر *DELAUME*، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

(٢٥) ويرى البعض إن مكنات هيئة التحكيم في إعادة التوازن العقدى في مجال روابط الاستثمار محدودة للغاية، حيث المشاهد إن شرط القوة القاهرة الذي يدرج في عقد الاستثمار يسند إلى الأطراف مهمة الاتفاق على إعادة هذا التوازن. وان اللجوء إلى التحكيم يكون عادة في مرحلة متأخرة يكون فيها الأطراف قد وصلوا إلى قناعة مؤكدة بان العقد يتعين انهاءه، راجع:

PH. KAHN, Etude de quelques problèmes juridiques de la gaz in les hydrocarbures gazeux et le développement des pay producteur s" Panis 1979, p .482



الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد في حين إن هذه الـشركات تتمسك عادة باستقرار هذه العلاقات العقدية واستمرارها دونما تعديل أو تبديل في نصوصها[٢٦].

فالشركات الأجنبية في بحثها عن ضالتها المنشودة المتمثلة في ثبات واستقرار النصوص العقدية، ترى إن اتفاقات الاستثمار لا تعدو إن تكون عقودًا عادية قائمة على الاتفاق الحر بين أطرافها، فعلاقة الشركة الأجنبية بحكومة الدولة المضيفة، أو من يمثلها، قد أفرغت ضوابطها في قالب جامدStatic Model يتضمن نظامًا محددًا للالتزامات والحقوق، للأعباء والمكاسب، وان أي تعديل في هذا المضمون الثابت المحدد يمثل إخلالاً بالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات[٢٧].

فى الواقع إن الحجج العملية التي تسوقها هذه الشركات الأجنبية، لتأييد دفاعها عن استقرار العقود التي أبرمتها مع الدول المضيفة، تعد أكثر قبولاً من حججها التي تستند إلى مفاهيم ومبادئ قانونية.

فهذه الشركات تحرص، قبل دخولها في اتفاقيات ذات آجال طويلة، كعقود الامتياز، والمشروعات المشتركة، عقود الخدمات..الخ، إن تجرى دراسات مستفيضة تتعلق بالتخطيط المالى للمشروع واحتمالاتــه Financial Projection، وتحليلات

---

(٢٦) في الواقع إن مشكلة مراجعة العقد تشكل مكمن الضعف الحقيقى والأساسى في العلاقات بين الدول والمستثمرين، راجع *Broches* في كلمته التي ألقاها أمام مجلس مدراء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في اجتماعه السنوى الثامن . *CIRDI .Doc AC178/6,Annex (A*)

(٢٧) أنظر:

SAMUEL K.B.ASANTE. Stability of contractual relations in the investment process " I.C.L.Q .,vol .23,1779 p.40

للتدفقات النقدية Cash Flow، بغرض تحديد المردود المتوقع لاستثمارها، ولكى تتمكن هذه الشركات من إقامة دراساها وتحليلاها على أسس عملية سليمة فأنها تطلب من حكومات الدول المضيفة بيانًا بكل الأعباء الضريبية، من ضرائب ورسوم وعوائد، التي يتعين عليها أداؤها طوال فترة العقد، وبيان بالإعفاءات التي ستحصل عليها هذه الشركات وحدودها القصوى ومدد التمتع بها..الخ.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد وإنما تتطلب هذه الشركات الأجنبية موافاتها أيضًا بمزيد من التفاصيل حول قوانين العمل والضمان الاجتماعى والتنظيمات النقابية في البلاد، كذلك فان هذه الشركات تستلزم لصحة وسلامة دراساتها حول المشروع إن تقف على التشريعات المنظمة للرقابة على الصرف والنظم الخاصة بتحويل عائدات الاستثمار للخارج..الخ[٢٨].

ومن ناحية أخرى فالمستثمر غالبا ما لا يملك كل الأموال المستثمرة في المشروع، ومن ثم فان البنوك والمؤسسات المالية الأخرى التي تسانده، في تمويل المشروع، تتطلب مراجعة العقود النهائية المتوقع إبرامها حيث تبنى قرارها النهائى على المضمون الفعلى للأعباء التي يتحملها المستثمر وعائدات المشروع والضمانات القوية Cast-iron guarantees التي يكون قد حصل عليها من حكومة الدولة المضيفة.

هذه الدراسات والتحليلات والبيانات تعنى إن قرار المستثمر، والمؤسسات المالية التي تقف خلفه، يقوم على أوضاع معينة واشتراطات محددة ترجمت إلى أرقام

(٢٨) يلاحظ إن طلب هذه التفصيلات والإيضاحات يكون أكثر إلحاحا في الدول التي لا يوجد بها تشريع خاص بالاستثمار الأجنبى.



وتوقعات لا تقبل تغيير أو تبديل. أخذا بهذه الاعتبارات فإننا نجد إن بعض اتفاقات الاستثمار، بناء على رغبة المستثمر وطلبه أو أعمالاً للضمانات التي يوفرها قانون الاستثمار، تتضمن ما يعرف بشروط الثبات والاستقرار **Stability Clauses**. ومرام مثل هذه الشروط بطبيعة الحال هو تحقيق الثبات والاستقرار للاشتراطات التعاقدية الجوهرية، ومن ثم فأنها تحظر على الحكومة المعنية إجراء أي تعديل أو مخالفة لشروط الاتفاق والامتناع عن اتخاذ أي تدابير إدارية أو تشريعية من شأنها انتهاك هذه الشروط.

١٥- أما من وجهة نظر حكومات الدول المتلقية لرأس المال الأجنبى، فان عقود الاستثمار لها طبيعتها الخاصة "فهى أشبه بوثيقة دستورية مرنة، قابلة للتطوير تبعًا للتغير في الظروف، فعقود الاستثمار تمتد لآجال طويلة، الشيء الوحيد المؤكد هنا انه خلال سنوات التنفيذ فان المناخ السياسى والاقتصادى والاجتماعى تصادفه تغييرات جذرية تستلزم في المقابل تغييرات مماثلة في نصوص هذه العقود واشتراطاتها[٢٩].

هذا الاتجاه يقوم على أساس إن اتفاقات التنمية الاقتصادية لا يمكن النظر إليها على أنها تتضمن تحديدًا جامدًا للحقوق والالتزامات بين أطرافها وإنما هي تعد

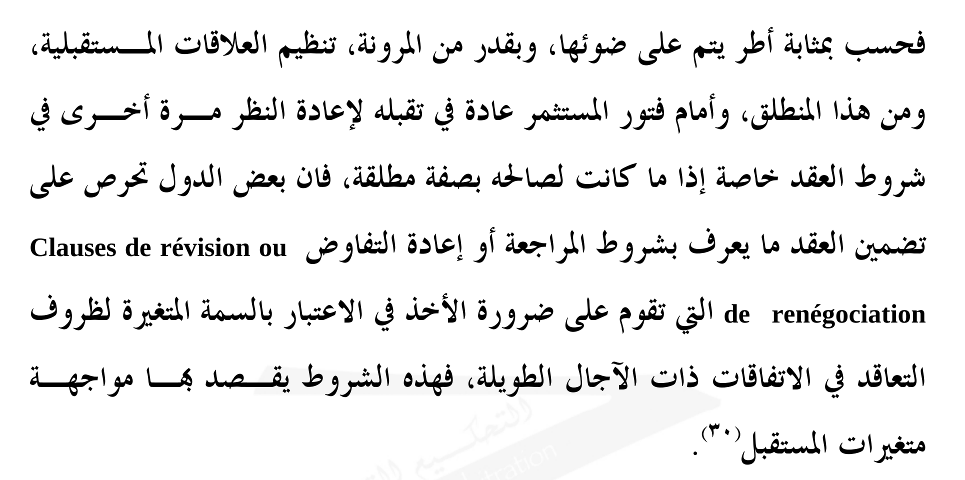
---

(٢٩) راجع:

T. FARER, Economic development agreements, A functional analysis, Colum. J.of terans'l law , 1971 p.240،

وفى نفس هذا المعنى انظر:

R.GEIGER, The unillaterel change of economic development agreements" I.C.L.Q. 1974 P. 104.



فحسب بمثابة أطر يتم على ضوئها، وبقدر من المرونة، تنظيم العلاقات المستقبلية، ومن هذا المنطلق، وأمام فتور المستثمر عادة في تقبله لإعادة النظر مرة أخرى في شروط العقد خاصة إذا ما كانت لصالحه بصفة مطلقة، فان بعض الدول تحرص على تضمين العقد ما يعرف بشروط المراجعة أو إعادة التفاوض Clauses de révision ou de renégociation التي تقوم على ضرورة الأخذ في الاعتبار بالسمة المتغيرة لظروف التعاقد في الاتفاقات ذات الآجال الطويلة، فهذه الشروط يقصد بها مواجهة متغيرات المستقبل(٣٠).

وبالرغم من أهمية إدراج هذه الشروط، والتى يطلق عليها الشروط الحكيمة

---

(٣٠) أنظر :

FOUAD ROUHANI, Renégociation des contrats entre Etats et investisseurs etrangérs, Rev .Juridique et politique, independence et cooperation , 1975, p.95

ويلاحظ إن هناك من هذه الشروط ما ترتب نتائجها بمجرد تحقق أسبابها دون حاجة إلى إعادة التفاوض بين الأطراف مرة ثانية، ومثالها شرط الدول الأكثر رعاية *La clause de l'Etat le plus favorisé*، وهذا الشرط وان درج النص عليه في الاتفاقيات الدولية، فانه يقصد به العمل على زيادة أوجه استفادة الدولة المضيفة من هذا الاستثمار الأجنبى بحيث تكون دائماً في وضع أفضل من مثيلاتها في نفس المنطقة الجغرافية أو تلك التي تتلقى استثمارات متصلة بنفس القطاع الإنتاجى، انظر في إدراج هذه الشروط في عقود الامتياز :

D .N. SMITH & L.T WELLS, conflict avoidance in concession agreements, Harvard International law Journal (Harv. Int'l L.J.)Vol .17, 1976 p.52.

كما قد يكون من هذه الشروط ما يراد به تحقيق مصلحة المستثمر (كشرط المستثمر الأكثر رعاية)، راجع اتفاقية الاستثمار المبرمة بين مصر وهولندا في ١٩٧٦/١٠/٣٠(م٣) مشار إليها في :

PAUL PETERS & J. SCHRIJVER &P .DE WAART, Permananet Sovereignty , foreign investment and state practice " in permanent sovereignty over natural resources" ، ص ١٣٩، فقرة ١٠٧ .



أو المتبصرة Les clauses sensées، فان البعض يرى إن اثر هذه الشروط محدود للغاية، إذ أنها تفرض على الأطراف فقط التزام بإعادة مناقشة أحكام العقد ولا ترتب أي التزام بضرورة إن تنتهى هذه المناقشة إلى اتفاق حول تعديل نصوص هذا العقد[٣١]. فهناك فارق كبير بين الالتزام بإعادة التوازن الضرورى للأداءات العقدية على ضوء الظروف الجديدة وبين مجرد الالتزام بالتفاوض أو مراجعة العقد[٣٢].

لا شك إن التوظيف الجيد لمثل هذه الشروط من اجل بلوغ مرام إدراجها في عقود الاستثمار يظل رهنا بطريقة وأسلوب وضعها، أو من ناحية تحديد النتائج التي تترتب على ثبوت التغير الفعلى في هذه الظروف[٣٣].

---

(٣١) انظـــــر :

PH . KAHN, Les investissements étrangers dans les pays en voie de développement, Rev. Juridique et politique, indépendance et coopération , P. 111 et spec. P 121

(٣٢) لا شك إن وجود التزام محدد بإعادة التوازن للعقد وجزاء يترتب على الاخلال به من شانه تدعيم هـــذا العقد وإطالة أمد بقائه، انظر في شرح هذا الالتزام ونتائجه: *R .Y. Jennings "Rules governing contracts between stats and foreign nationals" , in Rights and Duties of private investors abroad , New York , 1965 P .123*

(٣٣) أنظر:

B.OPPELIT, L'adoption des contrats aux changements des circonstances : la clause de (hardship), Clunet 1974 p .794 .

ووصولا إلى هذا التوظيف الجيد نجد إن بعض عقود الاستثمار تتضمن مدة معينة يتعين بانقضائها مراجعـــه شروط العقد وهو ما تقضى به مثلا المادة ١٨ من العقد المبرم في ٢٥ يوليو ١٩٦٢ بين الحكومة النيجيرية وشركة شل، حيث توجب مراجعة العقد بعد عشر سنوات، كما نجد هذا التحديـــد أيـــضا في العقـــد النموذجى الخاص بالاستثمارات في الدول النامية والذى أعدته جمعية القانون الدولي والذى ينص علـــى ضرورة التقاء أطراف العقد كل خمس سنوات من اجل تحديثه، راجع *G. DELAUME, Excuse for non performance*" ، المرجع السابق، ص٢٤٤. ويلاحظ إن عقود الامتياز البترولية قد جرى العمل

١٦- في الواقع إن المشكلة تدق في حالة خلو العقد من أي شروط سـواء تلـك الخاصة بثبات العقد واستقراره أو تلك المتعلقة بضرورة مراجعته وإعادة التفـاوض بشأنه[٣٤]، هل يمكن القول في هذه الحالة، والتى تمثل الوضع الغالـب في عقـود الاستثمار، إن هذه العقود تقتضى بطبيعتها مراجعتها وإعادة التوازن الاقتصادى لها إذا ما حدثت ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أخلت بهذا التوازن ؟

إن وجود الدول النامية كطرف في غالبية عقود الاستثمار، وبما يرتبط به هذا الوجود من عوامل نفسية وسياسية واقتصادية، علاوة على طبيعة هذه العقود ذاتها، يفرض الرد بالإيجاب. فهناك العديد من اتفاقات الاستثمار، السارية المفعـول الآن

منذ زمن بعيد على تضمنيها نصوص تحدد المسائل الواجب مراجعتها على سبيل التحديد والحصر، ففـي الاتفاق الموقع بين الكويت وشركه دارى اكسبلوريش المحدودة في ٨ مارس ١٩٢٣ تقضى المادة ١/١٢ بان تخضع نسبة العائدات للمراجعة بموافقة الطرفين بعد اثنى عشر عاما من تاريخ هذه الاتفاقية، راجـع هــ زت ارتشيبالد، تشيزهولم، المرجع السابق، ص١٠١.

[٣٤] حتى في هذه الحالة قد لا يعدم طرفى العقد الوسيلة لإثبات مزاعمها والدفاع عن مصالحهما مستندين في تلك الحالة إلى المبادئء العامة للقانون .ومن المستغرب إن يلتقى الطرفان أحيانا في تكييفها لعقد الاستثمار على انه بمثابة اتفاقية دولية وصولاً إلى إخضاعها، من وجهة نظر المستثمر، لقاعدة إن العقـد شـريعة المتعاهدين أو المتعاهد عبد عهده *Pacta Sunt Servanda* وهى من قواعد القـانون الـدولي العـام التقليدية، أو وصولا، من جانب الدولة المضيفة، إلى أعمال نظرية تغير الأوضاع في مجال المعاهدات ويعبر عنها باللاتينية *Rabus sic stantibus* ومقتضاها وجود شرط ضمنى في المعاهدات مفاده إن المعاهدة تفقد مفعولها إذا طرا تغيير جوهرى على الظروف والأحوال التي صاحبت إبرامها، ولكن من الملاحظ انه في غالبية الحالات يكون التمسك بهذا المبدأ أو ذاك في مرحلة متأخرة من مراحل العلاقة القانونية والـتي يكون أوان مراجعة العقد فيها قد فات، فالمنازعات التي تثار فيها هذه المبادئ تتعلق في الغالب بإنهاء العقد من جانب الدولة المضيفة أو بمناسبة اتخاذها تدابير انفرادية كالتأميم أو نزع الملكية، انظر *ROBERT B. VON MEHREN & P .NICOLAS KOURIDS* ، المرجع السابق، ص٥٣٠.



ولفترات زمنية طويلة مقبلة، قد أبرمت مع شركات أجنبية أبان احتلال الدولة التابعة لها الدولة النامية، هذه الاتفاقات نجدها مثقلة بالامتيازات والإعفاءات والضمانات التي تنوء الدولة النامية بتحملها.إن الظروف التي أبرمت فيها هذه الاتفاقات لا يمكن معها حتى الادعاء بأنها كانت وليدة الإرادة الحرة لأطرافها، هي في الحقيقة وليدة رغبات طرف مملاة على الطرف الآخر، إلا يعتبر التغير في الظروف السياسية للبلاد، بعد أن نالت استقلالها ظرفا جوهريا يدعو لمراجعة هذه الاتفاقات[٣٥].

حتى اتفاقات الاستثمار التي أبرمت بعد إن نالت هذه الدول استقلالها حديثا لم تكن ظروف إبرامها بأحسن حال من سابقتها، فالاقتصاديات المنهارة لتلك الدول لم تكن لتجعل منها الطرف القوى المفاوض أمام شركات عملاقة مسيطرة تفوق وسائلها وامكاناتها لما هو متاح لكثير من الدول النامية، إلا يقتضى ذلك، عدالة، إن يعاد النظر في هذه الاتفاقات بعد مرور فترات زمنية طويلة على إبرامها؟[٣٦].

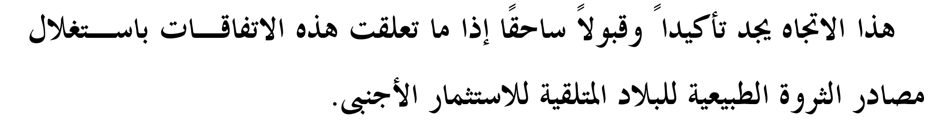
١٧ــ إن اتفاقات الاستثمار تتسم بآجالها الطويلة كما أنها ترتبط في النهاية، تأثراً، بالخطط التنموية في الدول المضيفة، ومن ثم يكون من غير المنطقى إن نتغافل اثر المتغيرات المختلفة، وطنية كانت أم دولية، على حاضر هذه الاتفاقات ومستقبلها.

---

(٣٥) أنظر: *Samuel K.B .Asante* ، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

(٣٦) أنظر:

SUBRATA ROY CHOWDHURY, Permanent sovereignty over natural resources" in Permanent sovereignty over natural resources in international law, principle and practice, edited by KAMAL HOSSAIN & SUBRATA ROY CHOWDHURY, London ,2 ed . p . 21



هذا الاتجاه يجد تأكيداً وقبولاً ساحقًا إذا ما تعلقت هذه الاتفاقــات باســتغلال مصادر الثروة الطبيعية للبلاد المتلقية للاستثمار الأجنبى.

فالمسألة هنا لصيقة الصلة بسيادة الدولة المرتبطة بكيان الدولة وقوتها ورفاهيــة شعبها، فالدولة "لا يمكن أبدًا أن تفقد سلطتها القانونية في تغيير مــصير أو طريقــة استغلال هذه المصادر، أيا كان الوضع في الاتفاقات المبرمة لاستغلال وإدارة هــذه المصادر... بل إن هذا الحق تمارسه الدولة أو الحكومة ولو نص في هذه الاتفاقــات على غير ذلك[٣٧].

هذا الاتجاه نجد صداه في تقرير جمعية القانون الــدولي (Australian Branch) الذي أكد على إن اتفاقات التنمية الاقتصادية بطبيعتها لا يمكن النظر إليها على أنها غير قابلة للتغيير أو التبديل، وان إعادة التفاوض بشان النصوص القانونيــة لهــذه الاتفاقات يؤدى إلى تدعيمها ودوام حياتها[٣٨].

---

(٣٧) راجع:

Jimenez de Arechaga "International law in the past third of a century "Recueil, des coure de l'Acodemie de Dr. Int'l, 1978,Vol .p . 297

فى نفــس المعــنى أيــضا *G.Elian "the principle of permanent sovereignty over naturel resources ",: Leiden. Sitjthoff 1979 p.10* . مع ذلك فقد ذهبت أحكــام التحكــيم إلى إن النص على ثبات واستقرار اتفاق الاستثمار، خاصة في مجال عقود الامتياز، يمثل حقا مكتسبا للمــستثمر لا يجوز نقضه، راجع حكم التحكيم في قضية:*Int'l legal Reports 1963. p 117 Aramco*، وفى نفس المعنى حكم التحكيم في قضية : *Int'l legal Reports 1979 P389 Texaco V .Libya* .

(٣٨) ويشير هذا التقرير إلى إن التغيير في اتفاقات التنمية الاقتصادية نتيجة التغير في الظروف ليس مــسلكا خاصا بالدول النامية فقد أقدمت المملكة المتحدة على اتخاذ تدابير انفراديــة بغيــة التغــيير في أحكــام التراخيص الممنوحة للتنقيب عن البترول في بحر الشمال، راجع في هذا التقرير :

وهو ما أشار إليه أيضًا تقرير السكرتير العام للأمم المتحدة في ٧أبريل ١٩٨٣(الخاص بالسيادة الدائمة على المصادر الطبيعية) حيث أكد على إن إعادة التفاوض في شأن عقود التنمية الاقتصادية صارت من الضرورات الملحة التي تبررها التغيرات في الظروف العالمية[٣٩].

١٨- مراجعه عقود الاستثمار ودور التحكيم:

إن أسلوب التوفيق، وفقا لما يراه جانب من الفقه، يعد أكثر توافقا وملائمة لتسوية منازعات الاستثمار بصفة عامة[٤٠]، وفى مجال تسوية المنازعات المتعلقة بإعادة التفاوض بصفة خاصة[٤١].

لا شك إن هذا النوع من المنازعات الناجمة عن اختلاف الأطراف حول ضرورة مراجعة العقد هى منازعات غير قانونية، فهى لا تتعلق في الغالب بتفسير

DAVID FLINT, Foreign investment . and the new international economic order (NIED)", in permanent sovereignty over natural resources , Op. cit, p. 1.

(٣٩) وقد أشار التقرير إلى إن إعادة التفاوض قد تكون لصالح الطرفين معا كما في حالة انخفاض ثمن المنتج نتيجة لزيادة المعروض منه في السوق العالمى، راجع: *E/c.7/1983/5,7 April /1983 paras 13,14*.

(٤٠) انظر:

E. SNYDER, Foreign investment protection : The dispute solving aspect , Col. J Trans'l law ,1965 ,p 133.

(٤١) انظر:

A. FATOUROS, The quest for legal security of foreign investment lasest development, Rutgers law Rutgers law Review (Rut. L .Rev .) 1963 p .298 ets،

ولنفس المؤلف:

"*Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées étrangères*"، المرجع السابق، ص ٥٩٦.

الاشتراطات التعاقدية وإنما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها. فقد يحدث إن يتفق الأطراف على المفهوم القانوني للعقد ولكن قد يجد احدهم إن هذه الشروط لم تعد ملائمة في ظل المستجدات الحادثة في الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة(٤٢).

في الواقع إن هذه المنازعات ليست من النوع الذي يأبى بطبيعته إن يكون محلا للتسوية بطريق التحكيم(٤٣)، ففى الحالات التي تكون العلاقة بين الحكومة والمشروعات الخاصة الاستثمار قد أصابها التوتر بسبب التغير في الظروف وعجز الأطراف عن الوصول إلى تسوية مرضية**Modus vivendi**، فان اللجوء للتحكيم المستقل، أو الاتفاقات التحكيمية المستقلة **Independent arbitrations arrangements** يكون مقبولاً وملائماً فإرادة الأطراف تتجه في مثل هذه الحالات إلى تحقيق التوازن المعقول للعقد أخذا في الاعتبار الحقوق الخاصة بكل طرف من ناحية وطبيعة المتغيرات الحادثة وآثارها من ناحية أخرى(٤٤).

---

(٤٢) فقد يصبح العقد غير متفق مع خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة أو إن التزامات الإنتاج المترتبة على هذا العقد لم تعد ملائمة لحالة السوق العالمى... الخ انظر في هذه الأمثلة من المتغيرات التي تواجه عقد الاستثمار، الدراسة التي أعدتها السكرتارية العامة للأمم المتحدة *Document E/4446 p. 134* ، وقد أشارت هذه الدراسة إلى انه "من الضرورى، بل من الواجب الإسراع بإيجاد آلية وإجراءات من شأنها تسهيل تسوية مثل هذه المنازعات وذلك عن طريق إعادة التفاوض الادارى بين أطرافها

(٤٣)انظر

SHAWCROSS, Le probléme des investissements ál'etrangèr en Droit international, Rec des Cours de. l'Acad Dr. Int'l ,1967,vol .i . p .369. et spec. p .389.

(٤٤) انظر:

J.N. HYDE , Economic development agreements, Rec . des Cours de l'Acad de Dr .Int'l , 1962 ,p . 271 et spec .p. 364

إلا إن الطبيعة الخاصة بهذه المنازعات تستلزم أسلوبا تحكيميًا خاصًا أيضًا، الأمر إلى دفع بعض الاتفاقات الدولية إلى التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات عير القانونية، حيث خصت هذا النوع الأخير بأسلوب تحكيمى لتسويتها قائم على مراعاة العدالة والحسنى Ex aequoet bonno[٤٥]. فالمنازعات الخاصة بطلب مراجعة العقد أو تعديله لا تقوم على اعتبارات قانونية وإنما يكمن أساسها في تعارض المصالح بين أطرافه، ومن ثم فانه إذا كانت حلولها لا تجد من قانون معين سندًا لها فانه ينبغى إن يخول محكميها سلطة خاصة تمكنهم من الوصول لحكم تحكيمى ملزم دون اللجوء لقواعد قانونية معينة[٤٦]. هذا النهج الذي استنته الاتفاقيات الدولية ليس هناك ما يحول دون إتباعه في مجال اتفاقات الاستثمار بين الحكومات والمشروعات الخاصة الأجنبية[٤٧].

ومع ذلك فانه ينبغى في هذه الحالة إن تتجه النية المؤكدة للأطراف إلى إخضاع هذه المنازعات غير القانونية لاختصاص هيئة التحكيم حيث إن المهمة التي تضطلع

---

(٤٥) راجع بعض الأمثلة لهده الاتفاقيات الدولية في *Urlich Scheuner " Decisions ex aequo et bono by international courts and arbitral tribunals " Liber amicorum for Martin Donke , p. 278* ، ويرى البعض إن تطبيق قواعد العدالة والحسنى ليس مرجعه طبيعية هذه المنازعات وإنما يجيء استجابة لإرادة الأطراف، انظر :

V. D .DEGAN, L'equite et le Droit international, 1970, p .239

(٤٦) انظر : *Amadio* ، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٩٤.

(٤٧) انظر:

ARON BROCHES, The Convention on the Settlement of Investment disputes " some observations an jurisdiction , Columbia Journal of Transnational law, 1966, p. 394.

، أنظر أيضا *N. RODDLY* ، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٥٧ .



بها في هذا المجال تخرج عن الدور القضائى التقليدى الذي تمارسه عادة.

ومن ناحية أخرى، فان خصوصية هذه المهمة توجب على أطراف النزاع إدراك ووعى مشاكلها، ومن ثم فان اتفاقات التحكيم المتبصرة يجب إن تحرص على وضع التنظيم الخاص بتشكيل محكمة التحكيم الخاصة بالفصل في هذا النوع من المنازعات(٤٨)، وتحديد إجراءات تحكيمية خاصة تسمح باشتراك الأطراف أنفسهم في صنع القرار النهائى.

هذا التنظيم اللازم لنجاح مهمة هيئة التحكيم يقتضى بطبيعة الحال إن يكون هناك شرطا في عقد الاستثمار يسمح بمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه للحفاظ على توازنه الاقتصادي. هذا الشرط ينبغى أن يتضمن إشارة إلى المدة أو المدد التي يجوز بفواتها مراجعه العقد كما يتعين إن يتضمن تحديدًا للظروف التي يمكن إن تكون مدعاة لهذه المراجعة، والاهم إن يتفق الأطراف على إثر هذه المراجعة وما إذا كانت تقوم على تبادلية المنفعة ام أنها تتم بهدف التوفيق بين أحكام العقد والمستجدات من الظروف بصرف النظر عن نتائجها(٤٩).

وتجدر الإشارة إلى إن حسن صياغة مثل هذه الشروط وتوافقها مع الاتجاهات المعاصرة الخاصة باتفاقات التنمية الاقتصادية، وحسن أداء هيئات التحكيم للمهام المنوطة بها في هذا المجال، تساعد على إطالة أمد هذه الروابط وتكون مثاراً لنوع

---

(٤٨) فتشكيل هذه المحاكم التحكيمية الخاصة يجب أن يتضمن خبراء في الشئون المالية والاقتصادية، انظر *R.Y. JENNINGS* ، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ١٤٠.

(٤٩) ويشير الشرط النموذج الذي وضعه *ICSID* إلى ضرورة إدراج هذه الصيغة في عقود الاستثمار كشرط لتوفير الاستقرار التشريعى لأحكام العقد:

As in force on the date on which thus Agreement is signed



جديد من المنازعات أمام المحكمين.

المبحـــــــث الثانـــــى
التحكيم الدولي والإجراءات الانفرادية
التى تتخذها الدولة الطرف في عقد الاستثمار

١٩- يفرق الفقه عادة بين نوعين من الإجراءات الانفرادية التي تقدم عليها الدولة الطرف في عقد الاستثمار وتؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر على تسوية المنازعـــات بطريق التحكيم.

والنوع الأول من هذه الإجراءات يتمثل في قيام الدولة بأحـــداث تغـــييرات جوهرية في تشريعها الوطنى مما قد يؤثر على مدى سلطتها، أول سلطة أجهزهًا، في اللجوء للتحكيم أو الالتزام بالأحكام التي تصدر نتاجا له، أو قد يكون من شـــأن هذه التغيرات التعديل في القواعد القانونية التي تحكم تسوية النزاع.

أما النوع الثاني فيقصد به تلك الإجراءات الانفرادية الـــتي تتخـــذها الدولـــة لإبطال أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن الاتفاق التحكيمى الذي انتهى إليـــه الأطراف لتنظيم أسلوب فض منازعاتهم(٥٠).

---

(٥٠) انظر:

PIERRE-YVES TSCHANZ, Contrats d'Etats et measures unilaterales de l'Etat devant l'arbitre international, Rev. Crit. Dr. Int'l. Prive, T.74, 1985 , p.47 ،

وتجدر الإشارة إلى إن هذه التدابير الحكومية تشمل قوانين الطوارئ في أزمنة الأزمات المالية، إعادة تخطـــط الاراضى، تدابير تمويل المخاطر ..... الخ



٢٠- التغييرات التشريعية وأثرها في التحكيم الدولى:

إن مشكلة قدرة الدولة وأشخاص القانون العام الاعتبارية الأخرى على اللجوء لأسلوب التحكيم لفض منازعاقم مع الخاصة من الأفراد وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية، تكشف عن بعض الصعوبات التي تحول دون توافر هذه القدرة والتى قد تنبع من النظام القانونى للدولة أو بسبب ما تتمتع هذه الكيانات العامة من حصانة قضائية في بعض الحالات.

إلا إن الأمر هنا يختلف تماماً، فالفرض إن النظام القانونى للدولة لم يتضمن عند توقيع اتفاق التحكيم أي نص مانع يحظر على الدولة أو الأجهزة التابعة لها اللجوء إلى هذا الأسلوب القضائى الخاص، إلا انه خلال حياة هذا الاتفاق، أو خلال إجراءات التحكيم ذاتها، صدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر، فما مدى تأثيره على اتفاقات التحكيم القائمة ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المستثمر قد عول عليها عند إبرامه العقد المتنازع في شأنه ؟

من القضايا الهامة التي تعد تجسيدًا حيًا لهذه المشكلة قضية Societe des Travaux de Marseille V. Republic populaire du Grands Bangladesh[٥١]**.**

---

(٥١) راجع حكم المحكمة الاتحادية السويسرية الصادرة في ١٥ مايو ١٩٧٦:

Annuaire Suisse de Droit international 1978 p. 387 not P. LALIVE ،

انظر أيضا:

Yearbook commercial Arbitration 1986 P .217 ،

انظر أيضا في التعليق على هذا الحكم:

G. DELAUME, State Contracts and transnational arbitration، المرجع السابق الإشارة إليه، ص٧٨٩.



وتدور واقعات هذه القضية حول قيام هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية (EPIDC)وهى شركة مملوكه بالكامل للحكومة الباكستانية بإبرام عقد في عام ١٩٦٥مع شركة sgim الفرنسية لمد خط أنابيب الغاز في باكستان الشرقية(والتى صارت عام ١٩٧١جمهورية بنجلاديش الشعبية). وقد تضمن هذا العقد الاتفاق على خضوعه لأحكام القانون الباكستاني، كما تضمنا شرطا تحكيميا بمقتضاه يتعين فض المنازعات التي قد تنشأ بسبب هذا العقد أو بمناسبة تنفيذه بطريق التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على إن يتم التحكيم في جنيف بسويسرا.

وفى عام ١٩٦٠وعلى اثر منازعة الطرف الباكستاني في مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ اثنا عشر مليون فرنك فرنسى، لجأ الطرفان للتحكيم وتم تعيين كل طرف لمحكمة في ٧مايو١٩٧٢. وبعد يومين فقط أصدر رئيس جهورية بنجلاديش مرسوماً ، باثر رجعى يرتد إلى ٢٦مارس١٩٧١، بتأسيس هيئة التنمية الصناعية البنغالية (BIDC) لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية بحيث تنتقل للأولى كل الأصول المملوكة للثانية وكذا ديونها وتتحمل مسئولياتها "ما لم ترى حكومة بنجلاديش توجه آخر".

المهم إن هذا المرسوم ينص على إن :كل إجراء خاص بالتحكيم التي تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا المرسوم ستعد لاغية ولن يكون لأي حكم تحكيمى تنتهى إليه هذه الإجراءات أي اثر أو نفاذ في مواجهة سواء هيئة التنمية الصناعية الباكستانية أو البنغالية، وان أي سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم باطلة ولا غيه من تاريخ ٢٦مارس١٩٧١، وان أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم

والتى شرع في إجراءات التحكيم وفقا له يعتبر لاغياً ومعدوم الأثر.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد واصلت الحكومة البنغالية متابعتها الغاضبة المحمومة لهذه القضية، فعلى اثر تحديد هيئة التحكيم لجلسة استماع في ٢٠نوفمبر١٩٧٢للنظر في طلب الجانب الفرنسى الخاص بإحلال الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية باعتبار الولى خلفا للثانية، أصدر رئيس الدولة مرسوما آخر يقضى بان حلول الأولى محل الثانية قاصر على الديون والمسئولية في المسائل غير المتنازع فيها.ثم اصدر١٥نوفمبر ١٩٧٢ مرسوما ثالثا بحل الهيئة الباكستانية ونقل ملكية أصولها للحكومة البنغالية، وقد منح هذا المرسوم الحكومة سلطة الوفاء، على سبيل التفضل Ex gratia الأولي بأي مطالبات تتعلق بمسئولية الهيئة التي تم حلها والتى تراها الحكومة عادلة.

بالرغم من ذلك، وبناء على ما ارتأته هيئة التحكيم من صحة حلول الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية، فقد أصدرت في ٣١ مايو ١٩٧٣حكماً يقضى بالمسئولية المشتركة للحكومة الباكستانية والهيئة التي تم حلها في مواجهة الشركة الفرنسية.

إن هذه الإجراءات الانفرادية التي تابعت الدولة البنغالية اتخاذها لا تثير من الدهشة قدر ما يثيره موقف القضاء السويسرى من الدعوى التي أقامتها الحكومة البنغالية لإبطال حكم التحكيم المنوه عنه فقد بعدت المحكمة السويسرية الفيدرالية تماما عن المشكلة الجوهرية التي تتركز في مدى قدرة الحكومة البنغالية على إلغاء اتفاق التحكيم، واستجابت لطلب بطلان حكم التحكيم لأسباب منها ما لم يطرح أساسا في النزاع المعروض عليها(حيث قضت بان الخلافة في الأصول المملوكة، أو في



المسئوليات الملقاة على عاتق الكيانات الطرف في النزاع تخضع لأحكام القانون البنغالى)، ومنها ما هو غير حقيقى(حيث قضت بأنه لا يوجد في القانون السويسرى قاعدة قانونية تقضى بخضوع الشخص للتحكيم دون إرادته أو رغما عنها)، ومنها أخيرا ما هو ذو طابع عنصرى مقبول (حيث أكدت المحكمة على إن المراسيم الصادرة عن الدولة والتى جردت الجانب الفرنسى من بعض ضمانات المتفق عليها لا تمثل انتهاكا للنظام العام السويسرى لأنها لا تمس حقوق الدائنين السويسريين).

هذه القضية، التي وصفها البعض– بحق – بأنها مرعبة a"horror" Case تجسد مدى تأثير اتفاقات التحكيم بالتغييرات القانونية التي تقوم عليها الدولة ممارسة لسلطاتها السيادية والتى تؤثر بالتالى على مناخ الثقة الذي يعول عليه المستثمر وتبرر جانب كبير من المخاوف التي يحملها هذا الأخير تجاه دول العالم الثالث[٥٢].

٢١– التغيرات التشريعية ومشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار:

وتجدر الإشارة إلى إن مشكلة التغييرات التشريعية وأثرها على اتفاق التحكيم لا تعرض، على النحو الذي بيناه، إلا في حالة ما إذا كان قانون الدولة التي أقدمت على هذه التغييرات، وهى في الغالب الدولة الطرف في النزاع، هو الواجب

(٥٢) ويلاحظ إن ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية للتأثير مباشرة في اتفاق التحكيم ليست من الأمور النادرة الحدوث، ففى قضيه *Losigner* قامت الحكومة اليوغسلافية، بعد إبرامها عقد لمد خطوط السكك الحديدية مع احدى الشركات السويسرية متضمنا في مادته السادسة عشر شرطا تحكيميا، بإصدار قانون جديد ينص في مادته الرابعة والعشرون على إن "لا يجوز رفع دعوى على الدولة إلا أمام محاكمها الرسمية" راجع *C.P.J.I., Serie c, n.7*

التطبيق(٥٣). ففى هذه الحالة وحدها يكون من الصعب على المحكم إن يتغافل مثـــل هذه التغييرات التشريعية.

ولكن هل يمكن التغلب على هذه الصعوبة بالقول بـــأن القـــانون الواجـــب التطبيق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون الذي كان ساريا لحظة إبـــرام هـــذا الاتفاق(٥٤)؟

فى الواقع إن هذا القول يجب الدفاع عنه خاصة إذا ما كان هذا القانون قـــد جاء تحديده نتاجاً لأعمال مبدأ سلطان إرادة الأطراف(٥٥)، حيث تتجـــه الإرادة إلى إخضاع الاتفاق" لنظام قانونى متطور بالضرورة، وتهدف لتطبيقه بالحال التي يكـــون

---

(٥٣) ومع ذلك فمن المتصور إن تؤثر التغييرات التي تحدث في الدولة المضيفة على اتفاقات التحكـــيم الـــتي تبرمها هذه الدولة وترتضى خضوعها لقانون دولة أخرى وذلك إذا كان من شأن هذه التغييرات حظـــر هذا الاسناد، راجع *G.vedel* ، المرجع السابق، ص ١٢٩ إلا اننا نرى إن ذلك منوط بكون قواعـــد القانون الدولي الخاص في هذه الدولة المضيفة هى الواجبة التطبيق .

(٥٤) انظر في هذا الرأي:

RYZIGER , Intervention au 1 er Congres international de l'arbitrage, Rev . Arbitrage ,1961, p.138

(٥٥) انظر

G.DELAUME, la convention pour le reglement des differends ...."، المرجـــع الـــسابق الإشارة إليه، ص ٤٧، ٤٦، ويرى *Delaume* في هذه النتيجة قاعدة عامة يتعين تطبيقها ليس فقط في حالة ما إذا كان العقد يخضع لقانون وطنى معين " ولكن أيضا عندما يتجه الاطارف إلى تدويل الإطـــار القانونى لعلاقاتهم وإخضاعها للقانون الدولى، فالقانون الدولي قد لا يتغير ولكنه في الحقيقة يتطور، لـــذا فان المحكم أو القاضى عليه إن يطبق قواعده السارية وقت فض النزاع، فالقول بغير ذلك يفرغ القـــانون الدولي من طبيعته الحقيقية كنظام قانونى تكون وظيفته في تحديد قانون العقد مماثلة للنظام القانونى الوطنى في فضه لمشكلة تنازع القوانين ". راجع " *G.DELAUM "...... State Contnacts* ، المرجـــع السابق، ص ٨٠٥

عليها في كل لحظة من لحظات هذا التطور(٥٦).

فالقانون الواجب التطبيق إذن يتعين النظر إليه بالحالة التي يكون عليها أن تطبيقه بصرف النظر عن مضمونه وفحواه لحظة إبرام اتفاق التحكيم، الأمر الذي يضع هذا الاتفاق في بؤرة التأثيرات الناجمة عن التغييرات التي تطرأ على هذا القانون(٥٧).

٢٢- لاشك إن مثل هذه التغييرات التشريعية تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة وتساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة، مما دفع ببعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقات الاستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعى، مقتضاه خضوع الاتفاق، بما في ذلك شرط التحكيم، لقانون الدولة المضيفة السارى لحظة إبرامه(٥٨).

---

(٥٦) راجع:

"…..B . GOLDMAN, le droit applicable selon la Convention de La BIRD

المرجع السابق الإشارة إليه، ص ١٥٢. وقد أضحى خضوع اتفاق التحكيم لقانون إرادة الاطراف من القواعد القانونية المستقرة لتوافقه مع طبيعة التحكيم ذاته، انظر في ذلك : *" PH, FOUCHARD L'arbitrage Commercial International "* المرجع السابق، فقرة ٨٥.

(٥٧) ويرى البعض – وفى مجال القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة – انه يتعين الاعتراف بتأثير هذه التغييرات التشريعية على أساس إن المشكلة المطروحة لا تتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان وإنما تتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان، وحيث يكون من مكنة المشرع في هذه الحالة إن يمد اثر القانون الجديد للاتفاقات السابقة قبل نفاذه

راجع:

F. DEBY GERARD, Le role de La règle de conflit dansle reglement des repports internationaux " Librarie Dalloz , 1973 , 231 p. 263

(٥٨) انظر الأمثلة الواردة في

هذا الثبات التشريعى قد نجده أيضًا مدرجا في قوانين الاستثمار ذاتها في إطار ما يعرف بضمان استمرار المستثمر في التمتع بالمزايا والضمانات التي توفرها له هذه القوانين.فطبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الاستثمار الجزائرى الصادر في ١٩٦٦/٩/١٥ "تضمن الحكومة المزايا التي يحصل عليها المستثمر بموجب القانون السارى وقت الترخيص بالاستثمار" كما تنص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون الاستثمار التونسى رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٩ على إن "أي تعديل على القانون الحالى لا يسلب الاستثمارات المصدق عليها سابقا المزايا الممنوحة لها"(٥٩).

ومع ذلك فان غالبية الفقه لا تستشعر تفاؤلا إزاء هذه الشروط التي توافق عليها الدولة الطرف في اتفاق الاستثمار إذ أنها لا تقف حائلا دون مخاطر استخدام هذه الدولة لسلطاتها السيادية مستقبلا وإقدامها على تغييرات تشريعية تؤثر في حياة

P.WEIL "les clauses de stabilization ou d'intangibilitè inserèes dans les accords de developpement èconomique " . Mèlanges Rousseau ,p .301

(٥٩) راجع "المرشد إلى معرفة قواعد الاستثمار في الدول العربية "من إصدارات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٨١–ص ١٨٩، ١٨٨ ويسوق جانب من الفقه حجه مفادها أن تجميد النظام المطبق على العلاقة التعاقدية بعد أفضل السبل لضمان استقرار النظام الذي وجده عند الاستثمار، انظر: *A. EL.KOCHERI " The partieularity of the cauflict Auaidance Metnod pertaining to petroleum Agreement , 11 Foreign Investment , L. J .272 nn 102- 1996* هذا الاتجاه تتبنه هيئة التحكيم في حكمها الصادر في ٢٢ ابريل ١٩٧٨ في قضية بين شركه استثمار *Petrola Hellas*، والحكومة اليونانية الذي يربطها اتفاق افرغ في شكل مرسوم تشريعى يقضى بان أي تشريع جديد يرمى إلى زيادة الضرائب أو الرسوم الجمركية لا يسرى وفى تاريخ لاحق فرضت الحكومة ضريبة جديدة تسرى لمرة واحده *one time tax* وعندما لجأت الحكومة إلى تحصيل هذه الضريبة لجأت الشركة للتحكيم حيث أصدرت المحكمة حكمها بعدم تطبيق هذه الضريبة على الشركة، راجع *Award of 10 Apr .1978 ,11.Y. B, .com Arb . 1986. 105* ، انظر أيضا في تطبيق هذا الشرط: *Kaisen Bauxite V.Jamaica ICSID Reports 297*

هذا الاتفاق وما يحويه من ضمانات(٦٠).

٢٣– من أجل ذلك كان اللجوء إلى تطبيق القانون الدولي العام بغية تفادى مشكلة التغييرات التشريعية التي تطرأ على قانون الدولة الطرف في اتفاق التحكيم.

حقيقة الأمر إن تطبيق القانون الدولي العام على اتفاق التحكيم أو عقد الاستثمار في مجموعة تستلزم تبريرا قانونيا كما إن هذا التطبيق بدوره لا يخلو من صعوبات.

إن القانون الدولي العام في الواقع، وطبقا للنظرية التقليدية، يعد بعيدا كل البعد عن العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص الأجنبية.هذه العقود لا تقع في مجال القانون الدولي العام وترتبط بالضرورة بنظام قانوني داخلى لدولة ما يجرى تحديده طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص(٦١).

هذه النظرية التقليدية أكدتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي بمناسبة قضية القروض الصربية البرازيلية حيث قضت بان"كل عقد ليس مبرما بين دول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في قانون وطني معين، وان تحديد هذا القانون يدخل في إطار ذلك الفرع القانوني الذي يعرف حاليا بالقانون الدولي

(٦٠) راجع *P.WEIL*، المرجع السابق ص٣٠٦ هامش ١٢، انظر أيضا *G.VEDEL* المرجع السابق، في نفس الموضع.

(٦١) انظر

P .WEIL " Problèmes relatifs contrats passes entre un Etat et un particulier ", "Rec .des de L'Academie de Dr. lnt'l , T.III , p155.

الخاص أو نظرية تنازع القوانين[٦٢].

ويعزز هذه النظرية التقليدية ما ذهب إليه الفقه الغربي من عدم إمكان الاستعاضة عن النظم القانونية الوطنية عن طريق تطبيق القانون الدولى، فهذا القانون في الواقع "لا يعد نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لكونه لا يمثل تعبيرا عن أي سيادة كما انه لم يتطور بالقدر الكافى حيث مازال يفتقر للقواعد التي يمكنها إن تحكم العلاقات التعاقدية"[٦٣].

بالرغم من هذه الآراء الفقهية وتلك الحجج النظرية فان الواقع العملى ينطق بمحاولة الوصول إلى دولية هذه الاتفاقات التي تبرمها الدول مع كيانات القانون الخاص رغبة في تحريرها من سيطرة قوانين هذه الدول والتغييرات التشريعية التي قد تقدم عليها، كما إن هذا الواقع يشير إلى انه بالنسبة للتحكيم الدولي على وجه الخصوص فقد صار له قانونا خاصا دوليا[٦٤].

---

(٦٢) *Any contract which is not a contract between states in their copacity as subject ' of international law is based in them municipal law of same country . the question as to what this is forms the subject of that branche of law which is at the present day usually described law private international law or the theory of conflict of laws ", 1929 ,P.C.I .J serie A ,No as 20p .41.*

(٦٣) راجع:

ROBERT B. VON MEHREN & NICHOLAS KOURIDES, International arbitration between states and Foreign private parties : The Lybian nationalization, Am. J. lnt'l law , voi 75,1981.p.510.

(٦٤) راجع:

B. GOLDMAN, Arbitrage et droit Commun de Nations, Rrb .1957, p .111.



٢٤- في الواقع إن الاعتراف بدولية الاتفاق المبرم بين احد أشخاص القانون الخاص والدولة أو احد أجهزتها يمكن إن تختلف أسبابه وكذا نتائجه بحسب مـا إذا كـان البحث يجرى في إطار القانون الدولي العام أو في إطار القانون الدولي الخاص.

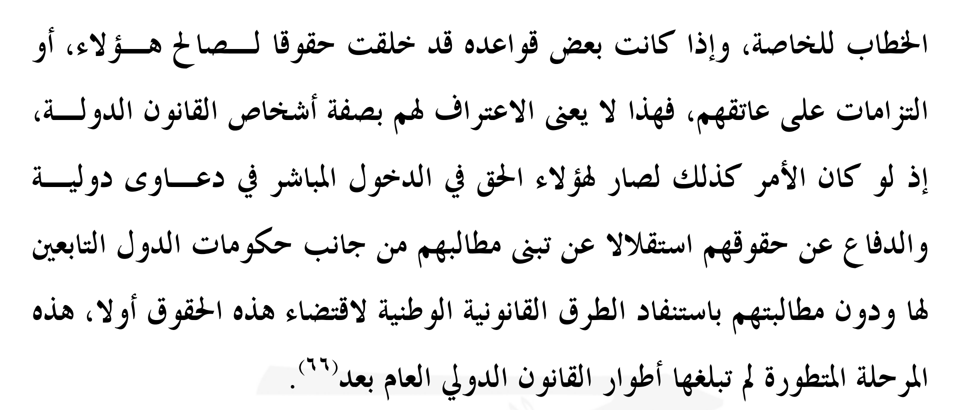
ففى إطار القانون الدولي العام تقوم دولية الاتفاقات على أساس أنها قد أبرمت بين أطراف يعترف لها هذا القانون بالشخصية الدولية.

انطلاقا من هذا المفهوم فان الاتفاقات التي تبرمها الدول مع الخاصة من الأفراد أو أشخاص القانون الخاص الاعتبارية لا تعد من قبيل العقود الدوليـة ولا تخـضع بالتالى لأحكام القانون الدولي العام[٦٥]، إن القانون الدولي العـام لا يتوجـه فيـه

ويلاحظ إن الطابع الدولي لمثل هذه المنازعات اخذ يطفو على السطح بعد ازدياد واتساع رقعـة اتفاقـات الاستثمار المتعددة الأطراف (*BIT) Bilateral Investment Treaty*، والتي دفعت هيئات التحكـيم ومن بعدها المحاكم الوطنية إلى تغليب نصوص هذه الاتفاقات، ففـي قـضية *Rep. of Equalor v. Occidental Exploration and production on Company* حصل الشركة على حكم ضـد دولة إكوادور في تحكيم خاضع لليونسترال تم في لندن تحت اتفاق اسـتثمار مـزدوج بـين إكـوادور والولايات المتحدة الأمريكية .... رفضت محكمه أول درجه اعتراض دوله إكوادور المستقى من قـانون التحكيم الإنجليزى الصادر في ١٩٩٦ على أساس انه يتعين بحث الطعن على أساس الاتفاق وعلى صعيد القانون الدولي وأكدت المحكمة العليا في انجلترا على إن دور محكمه أول درجة ينحصر في مراقبة مـدى التزام هيئة التحكيم بأحكام الاتفاقية راجع:

DAVID HOWELL, International Investment Arbitration past I 09- 10-2006 www . mondaq . com

[٦٥] هذا المعنى قد تأكد صراحة في حكم التحكيم الصادر في قضية *Aramco* ، راجع المجلـة الانتقاديـة للقانون الدولي الخاص ١٩٦٣ ص ٣١٣، كما يمكن استخلاصه ضمنا من حكم التحكيم الـصادر في قضية *Topco/ Calasiatic*، راجع جريدة القانون الدولي الخاص (كلونيـه) ١٩٧٧، ص٣٥٠ ومـا بعدها، ومع ذلك يرى البعض إن الشخصية الدولية يتعين الاعتراف بها لأطراف عقود التنمية الاقتصادية من الخاصة، انظر



الخطاب للخاصة، وإذا كانت بعض قواعده قد خلقت حقوقا لصالح هؤلاء، أو التزامات على عاتقهم، فهذا لا يعنى الاعتراف لهم بصفة أشخاص القانون الدولة، إذ لو كان الأمر كذلك لصار لهؤلاء الحق في الدخول المباشر في دعاوى دولية والدفاع عن حقوقهم استقلالا عن تبنى مطالبهم من جانب حكومات الدول التابعين لها ودون مطالبتهم باستنفاد الطرق القانونية الوطنية لاقتضاء هذه الحقوق أولا، هذه المرحلة المتطورة لم تبلغها أطوار القانون الدولي العام بعد[٦٦].

٢٥- ومع ذلك فإننا نجد في القضاء التحكيمى تيارا جارفا يتجه نحو تدويل هذه الاتفاقات استنادا إلى خضوعها هى ذاتها لأحكام القانون الدولى، بمعنى إن دولبة الاتفاق هنا مرجعها مضمون ذلك الشرط التعاقدى الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق[٦٧].

فى الواقع، انه يندر إن نجد في عبارات عقود التنمية الاقتصادية أو في الاتفاقات

W . FREIDMANN , the Changing structure of international law, London ,Stevenson ,1964 p221.

(٦٦) راجع:

ABI - SEED, The international law of multinational Corporations A critique of American legal doctrines, Annales d'études internationale 1971 p. 97 et spec .101 et s.

انظر أيضا :

GVAN HECKE, Problèmes juridiques des imprunts internationaux, 1955 p.287.

(٦٧) فتدويل العقد قد يفرغ في شكل شرط خاص باختيار القانون الواجب التطبيق، راجع

Agreement of 1962 between the Republic of Vietnam and foreign Oil Companies،

مشار إليه في *G .R.DELAUME "State Contracts ..."*: ، المرجع السابق، ص ٧٩٧، هامش ٦٠.



التحكيم المرتبطة بها إشارة صريحة قاطعة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي العام، فهذه الاتفاقات إنما تشير إلى المبادئ والأخلاقيات الواجب على الأطراف التحلي بها ومراعاتها في تنفيذ التزاماتهم، وهي ما نعتقدها مبادئ وأخلاقيات مصاحبة لتنفيذ كل اتفاق بصرف النظر عن القانون الذي يحكمه(٦٨).

ومن ناحية أخرى، فانه في عديد من قضايا التحكيم لم تكن إرادة تطبيق القانون الدولى، أو المبادئ العامة للقانون(٦٩)، على الاتفاق محل النزاع، سوى إرادة محكمة التحكيم ذاتها(٧٠)، بل إن هذه الإرادة كانت لها الأرجحية في بعض الحالات بالرغم من إن دلائل التركيز الموضوعى للعقد فيها كانت تشير إلى تطبيق قانون

أ.د. عصام الدين القصبي

(٦٨) تنص المادة (٢١)من عقد الامتياز المبرم في عام ١٩٣٣ بين الحكومة الإيرانية وشركة البترول الأنجلو إيرانية على انه "تقر الأطراف المتعاقدة بان يقوم هذا الاتفاق على أساس مبادئ حسن النية والود المتبادل بين أطرافه وعلى أساس التفسير المنطقى لشروطه ....."راجع:

A.FARMANFARMA, The Oil agreement between Iran and International Oil Consortium; the law controlling, Texas law Review, 1955 p .259 .

كذلك في قضية *Sapphir* فاننا لا نجد شرطا خاصا بالقانون الواجب التطبيق وإنما هناك أشارة عامة إلى إن "تنفيذ الاتفاق يجب إن يتم على أساس حسن النية والود المتبادل بين أطرافه" راجع في ذلك: *international legal Report (35)1963 p. 136*.

(٦٩) ويشير حكم التحكيم الصادر في قضية *Topco/ Calasiatic* إلى إن نطاق مبادئ القانون الدولي أكثر شمولا من المبادئء العامة للقانون وذلك "لان هذه الأخير سساهم مع عناصر أخرى، كالاعراف الدولية والعادات المتبعة والمقبولة من جانب قانون الأمم، في تشكيل ما يعرف بمبادئ القانون الدولي ......" راجع *lnt'l legal report ,53,1979 p.389*..

(٧٠) ففى قضية *Sociètè Rialet v . the Gouvernment of Ethiopia*، خلصت المحكمة إلى انه في حاله غياب شرط خاص بالقانون الواجب التطبيق فان هذا العقد يقوم على أساس مبادئ القانون ذات القبول العام، راجع *DAVID FLINT* ، المرجع السابق، ص ١٤٩.

وطنى معين(٧١).

وأخيرا فإننا نعتقد من جانبنا إن التحليل السابق الذي يرتكز على إن تدويل العقد مرجعه خضوعه لأحكام القانون الدولي قد خلط بين الأسباب والنتائج، فهذا الإسناد مرجعة دولية العقد وليس العكس، ومن ثم يكون من الأوفق أن ينصب البحث على طبيعة اتفاقات الاستثمار ذاتها.

إن اتفاقات الاستثمار، والتى تدخل في إطار ما يعرف الآن باتفاقات التنمية الاقتصادية، تتميز بسمات خاصة: الآجال الطويلة لهذه الاتفاقات، مساهمة أشخاص القانون الخاص الأجنبية، الأطراف فيها، في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة، تعلق هذه الاتفاقات في بعض الأحيان باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد، المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبى في علاقته بالدولة الطرف في اتفاق الاستثمار وما تتمتع به هذه الأخيرة من سلطات سيادية واسعة...

هل تدعو هذه الطبيعة الخاصة باتفاقات الاستثمار إلى الاعتراف بدوليتها ؟ وهل تستوجب هذه الصفة إخضاع هذه الاتفاقات لمبادئ قانونية عامة ذات قبول عالمى(٧٢)؟ في الحقيقة إن تطبيق أحكام القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون لم تفرضه هذه الطبيعة الخاصة باتفاقات الاستثمار بقدر ما أملته اعتبارات أخرى تتعلق بتوفير الضمانات الكافية للمستثمر والرغبة الخفية في تخليص هذه الاتفاقيات من

(٧١) راجع: *"Lena Goldfield limited Arbitration ", Cornell law Quarterly*"، *Cornell .I. q), 36 1950 p. 42*).

(٧٢) هذا الاستخلاص نجده في حكم التحكيم الذي أصدره القاضى *Cavin* في قضية *Sapphir* سابق الإشارة إليه.





سيطرة القوانين الوطنية، أو قوانين الدول النامية خاصة(٧٣).

ينبغى القول انه حتى لو سلمنا بدولية اتفاقات التنمية الاقتصادية وان القانون الذي يحكمها هو القانون الدولي العام سواء باعتباره أكثر ملائمة لحكم هذه الاتفاقـات أو لكونه يتيح قدر أكبر من الحرية للأطراف في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق، فان هذا التدويل وتلك الحرية لا يمكن إلا وان يقوما على أساس قواعـد القـانون الدولي الخاص(٧٤).

مفاد ذلك إذن إن حق الأطراف في اللجوء إلى المبادئ العامـة للقـانون، أو تطبيق قواعد القانون الدولي العام، لابد وان يستند إلى قاعدة تسمح بهذا الاختيار، فالشرط التعاقدى الذي يسمح باختبار القانون الواجب التطبيق يرتكز بالـضرورة

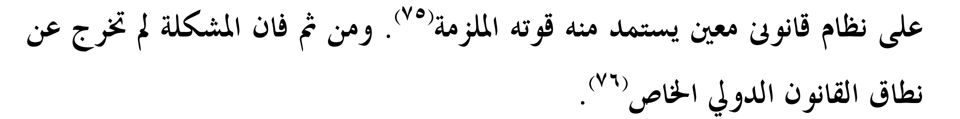
---

(٧٣) إن الخشية من تطبيق هذه القوانين نجدها في كثير من الأحيان غير مبررة، إذ يكون مرجعها تلك النظرة الدونية لقوانين الدول الصغرى، راجع حكم التحكيم الذي أصدره *LOED ASQUITH* في قـضية: *Petroleum Development limited v. Sheikh of Abu Dhabi* منـشور في *I. C. L. Q .* *1952 P.247* . راجع أيضا حكم التحكيم الذي أصدره *Alfrid Bucknill* في قـضية *Ruler of Qatar v . International Marine oil Cmpany* منـشور في *Int'l Legal Report 1953 p. 534* .

هذه النظرية أيضا كانت الدافع وراء صياغة نص المادة ٢٨ من العقد المبرم بين شركة *BP* والحكومة الليبيـة، والمادة ٢٩ من العقد المبرم بين شركة *Texaco* والحكومة الليبية، هذين النصين أشارا إلى إن مناط تطبيق القانون الليبى هو مدى توافقه مع أحكام القانون الدولي وانه في حالة غياب هذا التوافق تطبق المبـادئ العامة للقانون وكذا المبادئ التي تطبيقها المحاكم الدولية، راجـع: *Int'l legal Report 1968 – 53- p.389; 53- p. 297*

(٧٣) انظر

F .A.MANN, the proper law of contracts concluded by international persons British year book of law , 35 ,1959 ,p 35



على نظام قانوني معين يستمد منه قوته الملزمة[٧٥]. ومن ثم فان المشكلة لم تخرج عن نطاق القانون الدولي الخاص[٧٦].

ففي إطار هذا القانون يحق للأطراف اختيار القانون الدولي العام، أو المبادئ العامة للقانون، باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد إذا ما توافرت لهذا الأخير صفة الدولية وكانت قاعدة التنازع المطبقة تعترف بمبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال.

٢٦- ولكن ما مدى تأثير تدويل اتفاقات الاستثمار وخضوعا بالتالى لأحكام القانون الدولي على اتفاقات التحكيم التي تتضمنها ؟،

لاشك إن هذا التدويل وذلك الإسناد من شأنه جعل اتفاقات التحكيم بمنأى

---

(٧٥) ٧٤- راجع هذا المعنى حكم التحكيم الذي أصدره في ١٩ يناير ١٩٧٧ *D.J Dupuy* في قضية : *Topco/ Calasiatic* . سابق الإشارة إليه، هذا الاختيار لا يمكن تأسيسه في الواقع على وجود قاعدة عرفية دولية تقضى به، فإذا كانت اتفاقات التنمية الاقتصادية، وعقود الامتياز البترولية بصفة خاصة قد جرى العمل خلال الخمسينات أو الستينات على إخضاعها للمبادئ العامة للقانون، كما ذهب إلى ذلك الحكم المشار إليه، فان الواقع العملى قد شهد منذ بداية السبعينات تحولا نحو توطين هذه العقود *renationalisation* وإخضاعها لقانون الدولة الطرف فيها، راجع *J.P. A KUUSI*، المرجع السابق، ص ٢٥٠ انظر أيضا في هذا المعنى : *A .s. El. Kosheri " le regime juridique crèe par les accords de participation dans le domaine petrolier ", Rec. des . Cours , 1969 . 111,p 95*. بل تجدر الإشارة إلى إن هناك اتجاها فقهيا محل اعتبار يرى إن مثل هذه العقود إنما تخضع لما يسمى بالقانون عبر الدول *Le droit transnational* وهو نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية والقانون الدولي انظر.. *J .F .LALIVE " Un recent arbitrage Suisse*،،،" ، سابق الإشارة إليه ص٣٠١

(٧٦) انظر د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ١٢٦، ومع ذلك يرى هذا الجانب من الفقه المصرى إن تدويل القواعد القانونية التي تثار بشأن عقود القانون العام " مازال مطلبا طموحا في طور الأماني " انظر المرجع السابق، فقرة١١٥، ص ١٩٥ .



عن التغييرات التشريعية التي تقدم عليه الدولة المتعاقدة، فاحترام اتفاق التحكيم في هذه الحالة يفرض نفسه بمقتضى قاعدة **Pact sunt servanda**

إن الانتقادات التي وجهت لهذه القاعدة وما تتضمنه من قيود على ممارسة الدول لسيادتها في مجال العقود إنما تتعلق بتعارضها مع طبيعة اتفاقات الاستثمار وآجالها الطويلة وحق الدولة في إعادة التوازن الاقتصادى لهذه الاتفاقات وهى أمور بعيده كل البعد عن الأمان والاستقرار القانونى الواجب توافره لاتفاقات التحكيم.

فاعتبار شرط التحكيم ضمن الشروط الواجب عدم المساس به، وانه يتعين حمايته من أي إجراءات انفرادية لتعديل أو إلغائه يبرره إن "هذه الآلية التي أقامها الأطراف لتسوية منازعاتهم المحتملة يجب إن تتوافر الإمكانية لوضعها موضع التنفيذ وذلك لتقدير مدى مشروعية ونتائج الإجراءات التي تقدم عليها الدولة ممارسة لسلطاتها السيادية، إن هذا الشرط الأساسى من شروط العقد يفقد كل قيمته وفاعلية إذا ما سمح للدولة إن تتحلل منه بإرادتها المنفردة(٧٧).

علاوة على ما تقدم، فان التحكيم كنظام خاص لتسوية المنازعات يحتل مكانه هامه بين سائر المزايا والضمانات التي يحصل عليها المستثمر الأجنبى من الدولة المضيفة ومن ثم وجب إن يؤدى دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر السياسية خاصة.

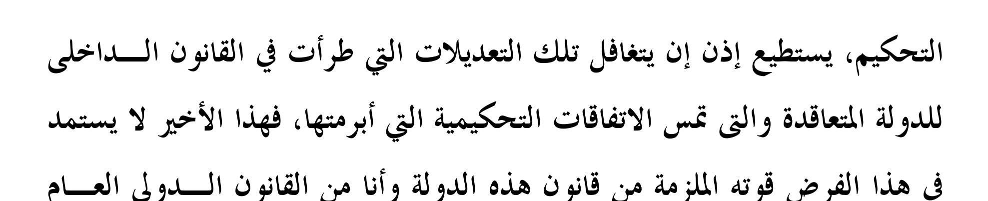
فالمحكم في إطار القانون الدولي العام، باعتباره القانون الذي يحكم اتفاق

---

(٧٧) راجع

." *P .WEIL, Problème relative aux contrats passes enter Un Etat et un Particulier*

سابق الإشارة إليه، ص ٢١١.



التحكيم، يستطيع إذن إن يتغافل تلك التعديلات التي طرأت في القانون الـــداخلى للدولة المتعاقدة والتى تمس الاتفاقات التحكيمية التي أبرمتها، فهذا الأخير لا يستمد في هذا الفرض قوته الملزمة من قانون هذه الدولة وأنا من القانون الـــدولي العـــام مباشرة.

ومع ذلك فان فاعلية التحكيم في مجال اتفاقات الاستثمار بصفة خاصة لا تتحقق فقط بحماية اتفاق التحكيم وضمان استقراره في مواجهة التغييرات التشريعية، وإنما يتعين أيضًا صون هذا الاتفاق وإطلاق آلياته في مواجهة التدابير الانفرادية التي تقدم عليها الدولة لإنهاء أو فسخ الاتفاق الأصلى الذي يتضمنه. هذا الهدف لا يتحقـــق بدوره إلا بالاعتراف باستقلال شروط التحكيم عن العقود الأصلية التي تتـــضمنها، والاعتراف لهيئات التحكيم بسلطة الفصل في المنازعات المتعلقـــة بهـــذه التـــدابير الانفرادية.

٢٧- استقلالية شرط التحكيم عن اتفاق الاستثمار الذي يتضمنه:

أقرت بعض القوانين الوطنية صراحة مبدأ استقلالية شرط التحكـــيم بـــصفه عامة[٧٨]، كما ذهبت بعض الدول إلى الاعتراف بهذا المبـــدأ فحـــسب في مجـــال التحكيمات الدولية.

ففى فرنسا. وبالرغم من وجود اتجاه قضائى مسيطر يؤكد على الارتباط بـــين

(٧٨) مثال ذلـــك القـــانون الـــسويدى، انظـــر *G . FORSIUS, Lindependance de la clause Compromissoir en droit suedois " Rev . Arbitrage 1955 p. 16*، والقانون اليونـــانى، انظر *A.FOUTOUCUS* : المرجع السابق، فقرة ٨٠.

مصير شرط التحكيم ومصير العقد الأصلي(٧٩)، فان محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأنه في مجال التحكيم الدولي يتعين الاعتراف بالاستقلالية القانونية الكاملة لاتفاق التحكيم، سواء كان مفرغا في شكل شرط تعاقدى مدرج في العقد الأصلى أو في شكل مشارطة مستقلة عنه، الأمر الذي يجعل هذا الاتفاق بمنأى عن أي تأثير ناجم عن إلغاء العقد أو إبطاله(٨٠).

هذه الاستقلالية القانونية الكاملة تعنى من ناحية إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلى، كما نعنى من ناحية أخرى، وهو ما يدخل في اهتمامنا الآن، عدم تأثر شرط التحكيم بأي بطلان أو فسخ يتعرض له العقد الأصلي(٨١).

هذه الاستقلالية قد أكدها القضاء التحكيمي في عديد من منازعات الاستثمار.ففى قضية Losigner دفعت الحكومة اليوغسلافية أمام هيئة التحكيم بان شرط التحكيم لم يعد له وجود على اثر فسخ مجلس الوزراء اليوغسلافى للعقد

---

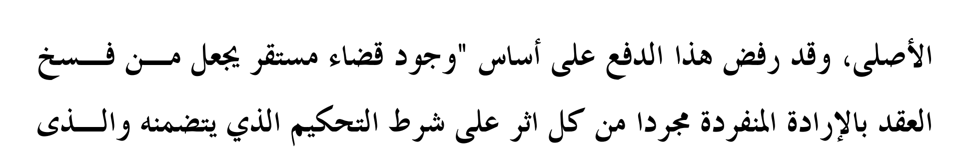
(٧٩) انظر:

Y . LOUSSOUARN " Cours general de Droit international privè Rec . des Cours, 1973 ,ll, p .307

(٨٠) راجع

Cass. Civ . Mai 1963 , Gosset , Rev . crit . DI.P. 1963, P .615 note H .Motulsky , ..J.C.P. 1963. ll. 13405, note B. Goldman

(٨١) راجع: *Y.LOUSSOUARN " Cours general ..."* ، المرجع السابق، ص ٣٠٨، أيضا انظر: *France Deby Gerard* المرجع السابق، فقرة ١٣٤ ص ١٠٤، ويرى البعض إمكانية اعتبار ما انتهى إليه القضاء الفرنسى بخصوص مبدأ استقلالية شرط التحكيم "قاعدة دولية بالمعنى الصحيح، بمعنى انها تعكس مبدأ مقبولا في الروابط بين مختلف الدول وليس مجرد اجتهاد قضاء وطنى : راجع د. سامية راشد المرجع السابق، ص ١٦٤.



الأصلى، وقد رفض هذا الدفع على أساس "وجود قضاء مستقر يجعل من فسخ العقد بالإرادة المنفردة مجردا من كل اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه والذى يتعين الإبقاء عليه لحين الحكم في بواعث هذا الفسخ(٨٢).

وفى قضيه **Lena Goldfield** رفضت الحكومة السوفيتية خضوع نزاعها مع هذه الشركة للتحكيم على أساس إن شرط التحكيم قد أضحى عديم الأثر، طبقا للمبادئ العامة للتحكيم ولنصوص عقد الامتياز، نتيجة لفسخ الشركة لهذا العقد(٨٣).

في الواقع إن محكمة التحكيم استنادا إلى هذه المبادئ العامة ذاتها قد رفضت الدفع الذي أثارته الحكومة السوفيتيه، وكما أن المحكمة لم تجد في نصوص العقد التي تستند إليها الحكومة، وخاصة نص المادة١/٨٦، ما يؤيد مزاعمها.فهذا النص إنما يفرض فحسب على عاتق الحكومة التزاما بعدم ممارستها لسلطاتها السيادية بهدف فسخ العقد أو إنهائه إنهاء مبتسرا، ومن ثم فان ما نعته الحكومة على الشركة من قيام الأخيرة بوضع نهاية لعقد الامتياز بالرغم من وجود هذا النص يصبح مجردا من المعنى.

إن شرعية هذا الإنهاء المبتسر من جانب الشركة يدخل بلا شك في مجال اختصاص محكمة التحكيم طالما إن فهذا الإنهاء لا يعد انتهاكا للعقد الأصلى، فهذا

---

(٨٢) راجع : *C. P .J .I, serie C. n/ .78 p.23*

(٨٣)

RASHBA "Settlement of disputes in commercial dealings with the soviet Union", Col. Law Review , 1945 p. 539



الإنهاء يلغى اختصاص المحكمة وإنما يؤكد بالفعل هذا الاختصاص[٨٤].

ولكن إذا كان الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من شأنه تدعيم سلطة واختصاص هيئة التحكيم في الحالات التي تقدم فيها الدولة على إنهاء هذا العقد، فإن مدى هذه السلطة وذلك الاختصاص يظل بحاجة إلى البحث والتدقيق خاصة في مجال التدابير الانفرادية التي تتخذها الدولة بصفة عامة بهدف تحقيق الصالح العام، الأمر الذي يقع في بؤرة المشاكل التي تواجه التحكيم في مجال منازعات الاستثمار.

٢٨- مدى سلطة المحكم في مواجهة التدابير الانفرادية:

قد تقدم الدولة الطرف في اتفاق الاستثمار على تأميم أو نزع ملكية المشروع محل هذا الاتفاق، فهل تحول اعتبارات السيادة التي دفعت الدولة لاتخاذ هذا التدبير دون عقد الاختصاص لسلطة التحكيم بالنظر في المنازعات الناشئة بمعناه؟ هل يجوز لهذه السلطة التحكيمية إن تراجع بواعث هذا العمل السيادى وان تحكم عند الاقتضاء بإلغائه؟

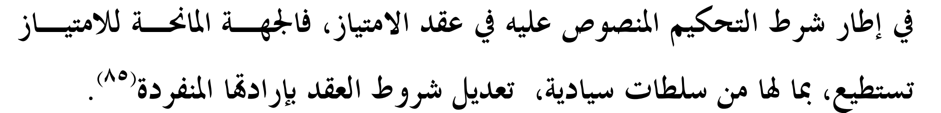
أفصحت العديد من الحكومات عن رفضها لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في هذه الإجراءات الانفرادية التي تتخذها دولها بهدف تحقيق الصالح العام أو في إطار تحقيق برنامج اقتصادى ذو نفع عام.

فقد ذهبت الحكومة اللبنانية إلى إن المنازعات المتعلقة بهذه الإجراءات لا تدخل

---

(٨٤) انظر:

N.USSBAUM, the arbitration between the leama Goldfields ltd and the Soviet Government "Cornell law Quarterly 1950. p 37.



في إطار شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الامتياز، فالجهة المانحة للامتياز تستطيع، بما لها من سلطات سيادية، تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة(٨٥).

وقد نحت هذا المنحى أيضًا الحكومة الإيرانية أمام محكمة العدل الدولية بحجة إن "تأميم صناعة البترول المرتبط بممارسة الدولة الإيرانية لسيادتها من المسائل الغير قابلة للتحكيم(٨٦).

هذا الاتجاه في الواقع، قابل للمناقشة، إذ حتى لو سلمنا بان المنازعات التي تدور حول هذه الإجراءات لا تقبل بطبيعتها إن تكون محلا للتحكيم، فالوجه الآخر لهذه الإجراءات أنها تتضمن إغفالا بل نقصا للالتزامات التي ارتضتها الدولة والمتولدة عن العقد نفسه الذي أبرمته مع الطرف الآخر(٨٧).

وبالرغم من ذلك فإن غالبية الفقه تؤيد اختصاص المحكم في مثل هذه المنازعات في البحث التعويض المناسب لجبر الضرر الناجم عن الإجراء الذي اتخذته الدولة دون النظر في أمر شرعية الإجراء نفسه، ويقوم هذا الرأي على أساس أن منازعة الطرف الآخر.فى عقود التنمية الاقتصادية خاصة، في صحة الإجراءات التي

---

(٨٥) راجع:

Affaire de la Sociètè de Beyrouth , C.I.J , 1954 P.14, 55.

(٨٦) راجع:

Affaire de l'Anglo Iranian Oil Co , C.I.J. 1952, P 12.

(٨٧) ويرى البعض إن الإجراء الواحد لا يمكن إن يكون له صفتين في إن واحد، فهناك إجراءات السلطة العامة التي تأخذ شكل القرار أو القاعدة حيث ينحصر البحث في مدى إمكانية الاعتراف بها، والتي تختلف تمام عن الإجراءات التعاقدية التي تتوقف مشروعيتها على مدى توافقها مع أحكام قانون العقد ذاته، راجع *PIERRE- YVES TSCHANZ*، المرجع السابق، الفقرتين ٦، ٧ ص ٥٠، ٥١



تتخذها الدولة بهدف المصلحة العامة ستذهب سدى، إذ إن المحاكم الدولية أو محاكم التحكيم لا يدخل في سلطاتها إرغام الدولة على الرجوع عما اتخذته من إقرارات وإلزامها بتنفيذ العقد (أي إعادة الحال لما كان عليه قبل اتخاذ الإجراء Restitutio on integrum. ومن ناحية أخرى فان هذا المتعاقد الآخر يمكن إن يتخلص من عبء إثبات البواعث الحقيقية الظاهر منها والخفى، التي دفعت الدولة إلى اتخاذ هذه الإجراءات، ومحل الإثبات هنا ليس بالأمر الهين اليسير، وان يركز اهتمامه في المسألة الأساسية، والتى يدخل إثباتها في مكنته، والمتعلقة بمدى الضرر الذي لحق به والتعويض المقدر لإصلاحه وهى مسألة منفصلة تماما عن شرعية هذه الإجراءات[88].

مفاد ذلك إذن انه لا يجوز لسلطة التحكيم إن تتعرض لشرعية إجراءات التأميم أو المصادرة وإنما يتعين إن يقف اختصاصها عند حدود نظر التعويضات الملائمة[89].

---

(٨٨) راجع :

R .GEIGER " The unilateral change of economic development agreements" I.C.LQ .1974, P.73 spec .p 102

هذا الرأي يتفق مع ما أعرب عنه ممثلو بعض الدول النامية، في اجتماعات الخبراء القانونيين التي عاصرت الإعداد لاتفاقية واشنطون، من رغبة في استبعاد المنازعات الطابع السياسى من اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بحيث ينحصر اختصاص المركز في صدد المنازعات المتعلقة بإجراءات التأميم أو المصادرة في بحث التعويض المناسب وليس النظر في شرعية الإجراء، راجع:

Document relatifs a l'origine et a l'èlaboration de la Convention , Doc . z . 7 pp . 24 et 24 et 26 Doc .29

(٨٩) هذه الحدود قد رسمتها بعض عقود الامتياز بطريقة ضمنيه:" كل منازعة تتعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد تدخل في اختصاص محكمة التحكيم الدولية في باريس، عدا ما يدخل في مجال النظام العام الوطني

٢٩- ويلاحظ إن التحديد الذي أوردته اتفاقية واشنطون لتسوية منازعات الاستثمار يخلو من كل تحديد حقيقى في هذا المجال. فعلى الرغم من إن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارCIRDL قد أنشئ "كجهاز لحل الخلافات القانونية التي تنشأ عن استثمار معين بين مستثمر أجنبى والدولة المضيفة لاستثماره في إطار تحقيق توازنا دقيقا بين مصالح ومتطلبات الطرفين ويحاول بصفة خاصة إن ينزع الطابع السياسى عن منازعات الاستثمار التي كثيرا ما عانت منه في الماضى"[٩٠]. فإننا نجد إن نصوص هذه الاتفاقية لم تستجب لهذه الآمال بطريقة واضحة، كما إن الطابع الإرادى المسيطر والمحدد لاختصاص المركز قد اثر على فاعليته في النهاية في نظر المنازعات المتعلقة بالإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة استخداما لسلطاتها السيادية.

فمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين إن " اختصاص المركز يمتد للمنازعات ذات الطابع القانونى التي تنشأ بين دولة متعاقدة(أو جهاز تابع لها تخطر به المركز)وبين احد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتى تتصل اتصالا مباشرا

(للدولة المتعاقدة)فى هذه الحالة فان المتعاقد الآخر يقبل الاختصاص القضائى (لهذه الدولة)، وقد استندت محكمة التحكيم إلى هذا النص للتأكيد على انه لا يدخل في اختصاص قاضى أجنبى، ومن باب أولى المحكم البحث في دوافع إلغاء الامتياز الذي أقدمت على أنه الدولة والذى يدخل في اطار نظامها العام الوطنى، راجع:

Sentence rendu en 1968 dans L'affaire n. 1526, Clunet 1974 pp.915 et s.

(٩٠) راجع، الدكتور إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص٥ ويرى البعض إن كل منازعة تكون الدولة طرفا فيها نجد فيها عنصرا سياسيا وكل منازعة سياسية لابد وان يكون لها أساس قانونى، انظر:

PHILIPPE CHAPAL "L'arbitrabilitè des differends internationaux ", ed . pedon .paris 1967 p.60



باستثمار معين.وان يكون الأطراف قد ارتضوا كتابة الخضوع للمركز "

فالنص المشار إليه قد اقتصر على تحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالمنازعات ذات الطابع القانوني، لذا كان طبيعيا، أمام خلوه وخلو سائر نصوص الاتفاقية من تحديد دقيق للمقصود بهذا النوع من المنازعات، إن صار هذا التحديد محض اجتهاد في التفسير.

هذا الاجتهاد قد انتهى بالبعض إلى فهم هذا الاصطلاح، أي المنازعات ذات الطابع القانوني على انه يستبعد من اختصاص المركز "تلك المنازعات المتصلة بالتأميم أو نزع الملكية التي تدور حول مسائل أخرى غير التعويض[٩١]. "فإذا كان إجراء التأميم أو المصادرة يتضمن جانبين يمكن أن يدور حولها النزاع: شرعية الإجراء، والتعويض المناسب، فان اختصاص المركز يتحدد بالنظر في الجانب الثاني وحده، فالمنازعة حول التعويض هى منازعة ذات طابع قانوني حيث تتصل بمدى الإصلاح الواجب المترتب على نقض التزام قانوني.

مع ذلك فان التفسير الذي ساد اجتماعات جنة الخبراء القانونية إبان الإعداد لاتفاقية واشنطون ١٩٦٥ يميل إلى جعل هذا الاصطلاح شاملا لكل صور المنازعات القانونية، حيث يدخل في اختصاص المركز القضاء في الطلبات المتعلقة بشرعية

---

(٩١) راجع:

DI MAZANZA : l'arbitrage dans les codes des investissements de l'Afrique noire francophone "Rev Juridique et politique, Indèpenance et coopération ,1975 p.129

(٩١) راجع:



إجراء التأميم دون تعويض ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك(٩٢).

هذا التفسير نجده في الواقع أكثر قبولا لاتفاقه مع الهدف من الاتفاقية(٩٣)، وكذا الطابع الإرادى الذي ساد نصوصها.

فمناط اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو إرادة الأطراف وحدها، بل إن إرادة الدولة الطرف في النزاع لها دور خاص في هذا المجال حددته الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والعشرون التي تقضى بان "كل دولة متعاقدة يمكنها عند التصديق على الاتفاقية أو قبولها أو اعتمادها، أو في أي تاريخ لاحق، إن تخطر المركز بطائفة أو طوائف المنازعات التي تعتبرها خاضعة لاختصاص المركز.." مفاد ذلك إن أي دولة متعاقدة يمكنها إن تستبعد جانبا من المنازعات من اختصاص المركز ولو كانت هذه المنازعات ذات طبيعة قانونية.

ويشير هذا النص في نهايته إلى إن مثل هذا الإخطار لا يشكل الرضا باختصاص المركز المنصوص عليه في الفقرة الأولى، معنى ذلك إن إخطار الدولة المتعاقدة للمركز بانواع المنازعات التي تقع في دائرة اختصاصه أمر ينفصل عن الرضا الكتابى- من جانب أطراف النزاع- الذي تقتضيه الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرون والذى ينعقد به في النهاية اختصاص المركز بالمنازعة.

A.BROCHES, Documents relatifs a I'origine et a L'élaboration de la convention (Doc. z. 7 (1964), Doc z.9 (1a 1964), Doc .z 10(20 juillet 1964).

(٩٣) هذا التفسير أيضا يتوافق مع الهدف من إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، "من الخطأ إن ينظر إلى هذا المركز على انه مجرد أداة لتسوية منازعات الاستثمار فغرضه الاسمى هو الحث على تكوين مناخ للثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب والحكومات يكون من شانه زيادة تدفق رؤوس الأموال للأغراض الإنتاجية بشروط مناسبة " راجع د. إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص ٦.



فاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يتحدد فقط ببيان المقصود بالمنازعات ذات الطابع القانونى وإنما يتحدد أيضًا بارتضاء الدولة الطرف بإخضاع مثل هذه المنازعات للمركز والتقاء إرادة الأطراف على هذا الاختصاص.

أما التفسير المجرد لعبارة "المنازعات ذات الطابع القانونى "الواردة في المادة ١/٢٥ فيجب أن نقف عنده برهة، حيث يجب عدم الخلط بين طبيعة الإجراء الذي تقدم علية الدولة، كالتأميم أو نزع الملكية، وبين طبيعة المنازعة التي تدور حوله فالإجراء قد يكون سياسيا بالنظر لبواعثه في حين إن المنازعة الناجمة عنه يغلب إن يكون طابعها قانونيا، فمحور هذه المنازعات هو مدى شرعية التأميم دون تعويض ولا تدور حول حق الدولة في اتخاذ هذا الإجراء أو صحة البواعث التي دفعتها إليه.

ومع ذلك فهناك مجال لوجود منازعات ذات طابع سياسى في إطار روابط الاستثمار، ويقصد بها تلك المنازعات التي تتعلق بتعارض المصالح بين الطرفين، كالمنازعات المتعلقة بإعادة التفاوض أو مراجعة عقد الاستثمار من اجل إعادة التوازن الاقتصادى إليه، حتى هذه المنازعات من المتصور إن ينعقد عليها اختصاص المركز خاصة وان حل هذه المنازعات لا يكون باللجوء إلى قانون معين وإنما يتلائم معها ركون المحكم لقواعد العدالة والإنصاف **Ex Aequo et bono** التي اعترفت المادة ٤٢ من الاتفاقية صراحة بإمكانية لجوء محكمة التحكيم إليها لفض المنازعات التي ارتضى الأطراف الاحتكام إليها في شأنها.

فى الواقع إن تفسير المقصود بالمنازعات ذات الطبيعة القانونية على النحو المتقدم قد لا تكون له الأهمية البالغة في حالة وضوح اتفاق الأطراف، والدولة خاصة، فيما يتعلق بطوائف المنازعات التي يمكن إخضاعها لاختصاص المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار، ولكن يظل لهذا التفسير تلك الأهمية، في حالة إبهام هذا الاتفاق أو غموضه.

٣٠– أما في مجال القضاء التحكيمي، فلم يكن شاغل هذا القضاء في قابلية أو عدم قابلية المنازعات الناجمة عن التدابير أو الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة للتسوية بطريق التحكيم، وإنما تركز البحث أساسا حول ما إذا كان لجهة التحكيم المعنية سلطة الحكم على هذه الدولة بتنفيذ عين التزاماتها التي جاءت تلك الإجراءات ناقضة لها، أو معدلة فيها، ام إن الاختصاص هنا ينحصر في جبر الضرر الناجم عنها بطريق التعويض وتحديد مداه؟

هذه المسألة كانت أحدى المحاور الهامة التي دار حولها قضاء التحكيم في قضايا التأميمات الليبية.

ففى قضية Limaco خلص المحكم (د.صحبى المحمصانى) إلى رفض مبدأ التنفيذ العينى وبالتالى رفض تغيير الوضع القائم Statu quo الذي خلفته قوانين التأميم. وقد قام هذا النهج على أساس إن مبدأ إعادة الحال إلى ما كان عليه restitutio in integrum لم يجر العمل على الأخذ به في القضايا الدولية المماثلة، كما انه من الناحية العملية فانه من الصعوبة بمكان تنفيذ حكم تحكيمى بهذا المعنى لما يتضمنه من مساس بسيادة الدولة الطرف في النزاع.والذى ساعد المحكم على هذا الاستخلاص إن الشركة المتضررة من التأميم قد سلمت ضمنا باستحالة التنفيذ العينى لعقد الامتياز وحصرت مطالبها في تقرير التعويض المناسب(٩٤).

(٩٤) راجع *Robert B. Von Mehren & P. Nicholas Kourides* ، المرجع السابق، ص ٥٤٤ وما بعدها.

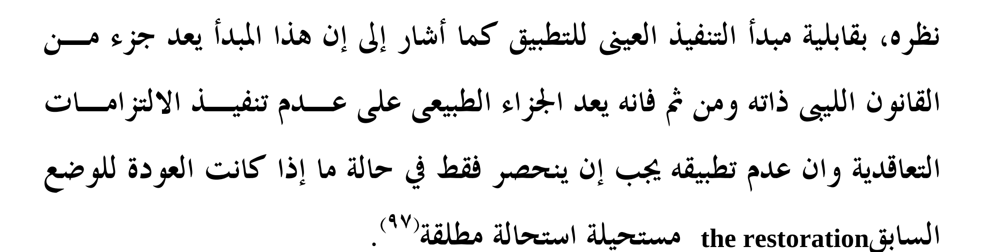


أما في قضية BP، فعلى الرغم من تأكيد المحكم M.lagergren على إن مبدأ إعادة الحال لما كان عليه قبل اتخاذ الإجراءات المتنازع فيها يعد من المعالجات ليس من الخيارات المتاحة في هذه القضية. وقد استند الحكم في قضائه هذا إلى انه في عديد من القضايا الدولية المماثلة يتم تسوية النزاع بتقرير التعويض الملائم، كما أشار أيضًا إلى صعوبة تنفيذ مثل هذه الأحكام التي تتضمن إجبار الدولة على الرجوع عما اتخذته من إجراءات[٩٥].

أما في قضية calasiatic/ Topco، فعلى الرغم من إن المحكم H.Dupuy قد استعرض مجموعة القضايا المشابهة التي نظرها القضاء الدولي أو قضاء التحكيم والتى تركزت أحكامها في تقرير مبدأ التعويض ومداه[٩٦]، فإن ذلك لا يخل، ومن وجهة

(٩٥) وقد أشار هذا الحكم أيضا إلى حكم هام للمحكمه الدائمة للعدل الدولي في عام ١٩٢٨ في قضية شهيره معروفه باسم *Charzow Factory* أقرت الأخذ بمبدأ *restituto in integrum* ، ومع ذلك فقد أشار المحكم *lagergren* إلى إن الحكم المذكور قد أشار الىهذا المبدأ على سبيل الملاحظة، ملاحظات القاضى *Obiter dictum*، ولا يعد جزء من منطوق الحكم *ratio decicendi* ، كما إن هذا الحكم يتعلق بنقض اتفاقية دولية وليس لعقد من عقود الامتياز التي تبرم مع الخاصة، راجع : *ROBERT B . VON MEHREN & P. NICHOLAS KOURIDES* ، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

(٩٦) في تتعبة لتطور مبدأ(إعادة الحال لما كان عليه)في القضاء الدولي وقضاء التحكيم أشار الاستإذ *Dupuy*الى مجموعة من القضايا الدولية (حيث تدور المنازعة بين دولتين)منها :قضية : *Movromatis Jerusalem* منشورة في *P.C.I.J. 1925, Ser. A. N. 5 at 51* ، قضية *Temple of preah vihear* .منشورة في *I. C. J .1962 , Rep .6 at 36* ، قضية *Barcelona Traction* منشورة في *I. C. J . 1962 Pleadings p. 183* ، وهذه القضايا مشار إليها في *ROBERT B. VON MEHRON & P .NICHOLAS KOURIDES* ، المرجع السابق، ص ٥٤٠ هامش ١٤٨، ٢٤٥، ٢٤ .



نظره، بقابلية مبدأ التنفيذ العيني للتطبيق كما أشار إلى إن هذا المبدأ يعد جزء من القانون الليبي ذاته ومن ثم فانه يعد الجزاء الطبيعي على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية وان عدم تطبيقه يجب إن ينحصر فقط في حالة ما إذا كانت العودة للوضع السابق**the restoration** مستحيلة استحالة مطلقة(٩٧).

نخلص مما تقدم إلى إن الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة بهدف وضع حد لالتزاماتها أو تعديل هذه الالتزامات لا تخرج بطبيعتها من اختصاص قضاء التحكيم، وان مبادئ القانون الدولي لا تحول دون تقرير حق الطرف المضرور في إن تقوم الدولة، الطرف الآخر في العقد، بتنفيذ عين التزاماتها التي يرتبها هذا العقد مالم يكن ذلك التنفيذ بطبيعته أو بحسب ظروف الحال يتصف بالاستحالة المطلقة(٩٨). وفى هذه الحالة تقرر محكمة التحكيم التعويض اللازم.

٣١ــ استخلاص وتعقيب :

هكذا يبين لنا مما تقدم، إن هناك سمات خاصة باتفاق الاستثمار متمثله في آجالها الطويلة، وتعلقها في كثير من الأحيان باستغلال مصادر الثروة الطبيعية في الدولة المضيفة، وارتباطها عادة بخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد علاوة على ما تتمتع به الدول من سلطات سيادية، امتيازات السلطة العامة، هذه السمات الخاصة باتفاقات الاستثمار قد أورثت المنازعات المتولدة عنها طابعا خاصا أكدت

---

(٩٧) راجع: *Award on the Merits para 109*

(٩٨) وتجدر الإشارة إلى إن الاستحالة المقصودة هنا هى استحالة تنفيذ الالتزام عينا وليست استحالة تنفيذ المحكم التحكيمي، كما ذهب د. المحمصاني في قضية *Limaco*، فالحكم لا ينبغي عليه إن ينشغل بمصير حكمة وإنما يتعين عليه فقط إن يعمل على بلوغ العدالة وفق أحكام القانون.



هذه الدراسة على ملائمة أسلوب التحكيم وقدرته على تسويتها والفصل فيها.

فإذا كانت المنازعات التي تثور بسبب التغير في الظروف التي صاحبت اتفاقات الاستثمار وضرورة إعادة التوازن الاقتصادى إليها، لا تقوم على اعتبارات قانونية، وهو ما يجعل لأسلوب التوفيق دوره في معالجتها، فان هذه المنازعات لا تأبى بطبيعتها إن تكون محلا للتسوية بطريق التحكيم خاصة إذا ما كان لهيئة التحكيم المختصة سلطة فض هذه المنازعات على أساس قواعد العدالة والإنصاف.

واختلال التوازن في اتفاقات الاستثمار قد لا يكون مرجعه التغير في ظروف لاإرادية فرضت نفسها على أطرافه، وإنما قد يحدث هذا الاختلال نتيجة السلطات الواسعة التي تملكها الدولة والتى يكون لها تأثيرها على حياة هذه الاتفاقات ومضمونها.

إن الاستقرار الذي ينشده المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة ليس الاستقرار الاقتصادى وحده وإنما يسعى إلى الاستقرار التشريعى أيضًا، والذى يكون له أحيانًا مردودا اقتصاديا، فالتغييرات التشريعية التي تقدم عليها الدولة تزيد من المخاطر التي تعرض لها المستثمر السبب الذي من أجله بزغت فكرة سادت ساحات القضاء التحكيمى مؤداها تدويل اتفاقات الاستثمار وإخضاعها بالتالى للقانون الدولي العام مباشرة.

فى الواقع إن هذا التدويل ونتائجه لم تفرضه طبيعة هذه الاتفاقات بقدر ما أملته الرغبة في تحريرها من سيطرة القوانين الوطنية.

كذلك فان السلطات السيادية التي تتمتع بها الدولة تمكنها إن تضع بإرادتها المنفردة نهاية لاتفاق الاستثمار الذي ارتبط به مما دعى إلى الاعتراف باستقلالية شرط

التحكيم وإبقاؤه على قيد الحياة بالرغم من فسخ الاتفاق الأصلى أو إنهائـــه إنهـــاء مبتسراً ، فممارسة هذه السلطات ليس معناه تجريد المستثمر الأجنبى من ضـــماناته وسبل حماية حقوقه.

أخيرا إذا كانت هذه السلطات السيادية التي تملكها الدولة تمكنها من اتخـــاذ إجراءات استثنائية كالتأميم أو المصادرة.فان شرط التحكيم، وآلية التحكيم بصفة عامة، يظل له جدواه وفاعليته. إن هذه الإجراءات الاستثنائية حتى لو غلب عليهـــا الطابع السياسى فان المنازعات التي تدور حولها ذات طابع قـــانونى يتعلـــق بمـــدى الإصلاح الواجب للمستثمر حيال نقض الدولة لالتزاماتها وتعهـــداتها وهـــى مـــن المسائل التي تدخل في الاختصاص الأصيل لسلطة التحكيم.

بيد أنه يتعين في النهاية الإشارة إلى ثلاث أمور جوهرية يـــتعين إن تـــدخل في الاعتبار عند صياغة العقود وحفاظا على توازنها الاقتصادى أولا تحديد الأحـــداث أو المتغيرات التي تدفع لطلب إعادة التفاوض خاصة إن كانت هذه الأحداث غـــير متوقعه وخارجه عن سيطرة أطراف العقد، ثانى هذه الأمور يتعلق باختيارهم للقانون الواجب التطبيق وكون هذا الأخير يعترف لهيئة التحكيم بالقدرة على إعادة ضبط العقد إذا اخفق الأطراف في الوصول إلى اتفاق حول هذه المسألة، وأخيرا يتعين إن يتوافر لهيئة التحكيم المعيار الذي يمكنها باستخدامه إعادة التوازن الاقتصادى للعقد.



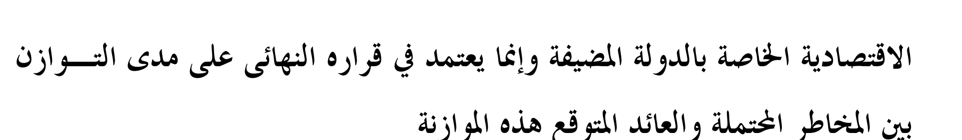
خاتمة

٣٢- إن الاستثمارات الخاصة الأجنبية تمثل عصبا رئيسيا لاقتصاديات الدول النامية خاصة، ومن ثم كان طبيعيا إن يقع توفير الإمكانات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الاستثمارات في بؤرة اهتمامات هذه الدول وهدفا أساسيا تدور حوله جل سياساتها، ومجالا خصبا لدراسات رجال القانون والاقتصاد فيها.

لا مرية في إن تشجيع وجذب رؤوس الأموال الأجنبية والتقنيات المتقدمة للاستثمار في منطقتنا العربية لم تعد بالمهمة السهلة اليسيرة في عالم يموج بالمتغيرات السياسية والاقتصادية بل والتفاعلات العرقية والعقائدية أيضًا. فالتكامل الاقتصادى الأوربى، واهتمام الغرب وانشغاله بأحداث المعسكر الشرقى ومحاولة اغتنام فرصة تحولاته الجذرية ودفعه إلى آليات اقتصاد السوق الحر، ومخاوف المد الأصولى والخشية من سيطرته على مقاليد الأمور في بعض الدول الإسلامية.... الخ، كلها أمور من شأنها التأثير في اتجاهات الاستثمار.هذه الاستثمارات تتأثر بلا شك وفى كثير من الأحيان.بالتوجهات السياسية للدول التي تنطلق منها وتقع أيضًا تحت تأثير أجهزتها الإعلامية

والصعوبات التي تواجهها الدول النامية عامة في تشجيع وجذب الاستثمارات الخاصة الأجنبية لا يكون مرجعها دائما الظروف العالمية أو الإقليمية الخارجة عن إرادة هذه الدول، وإنما قد تمتد جذور هذه الصعوبات إلى سياسات هذه الدول ذاتها ونهجها العملى المتبع في إدارة روابط الاستثمار والذى قد يقصر عن الإبقاء على ما قطعته على نفسها من وعود وما التزمت به من تعهدات.

فالمستثمر الأجنبى لا يعنيه، في الواقع، مردود استثماره على خطط التنمية



الاقتصادية الخاصة بالدولة المضيفة وإنما يعتمد في قراره النهائى على مدى التوازن بين المخاطر المحتملة والعائد المتوقع هذه الموازنة

تقوم في الواقع على آمرين:قدر المزايا والضمانات التي تلتزم بها الدولة في مواجهة المستثمر، ومدى ما تتمتع به الدولة المتلقية للاستثمار من استقرار سياسى واقتصادى واجتماعى، بعبارة أخرى، فان انتقال رأس المال الأجنبى إلى الدولة المضيفة يتوقف على عاملين رئيسيين: أولهما المركز القانونى للمستثمر في هذه الدولة، ثانيهما مدى استقرار مناخ الاستثمار فيها.

والملاحظ بصفة عامة إسراف تشريعات الاستثمار في الدول النامية في تقنينها للمزايا والضمانات التي تلتزم بها هذه الأخيرة حيال المستثمر الأجنبى، والتى لا تكون في الغالب نابعة من فكر اقتصادى مستنير مؤمن بجدوى الاستثمار الأجنبى وأهميته بقدر ما تستند إلى قرارات سياسية تعبر عن فكر منفرد وظرفية خاصة.هنا يقع رأس المال الأجنبى بين كفر الرحى: فهو من ناحية، يواجه بيروقراطية إدارية لا تواكب ثوريه التوجهات العليا للدولة، كما انه من ناحية أخرى يجد إن مركزه القانونى يفتقر إلى الثبات والاستقرار المنشود نتيجة التغييرات التشريعية المتلاحقة، وهى من سمات الدول النامية، لمسايرة مستجدات الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

فى الواقع، إن المناخ العام للاستثمار لا يتأثر فقط بالنظم والقواعد السائدة في الدولة المضيفة والتى تحكم روابط الاستثمار في مرحلة السكون وحيث يسود الود والوئام، وإنما يتأثر هذا المناخ أيضًا بأسلوب فض المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ الاستثمار، أي في مرحلة الحركة وحيث تنذر الظروف بالقطيعة والخصام.



فتشجيع الاستثمار إذن لا يكون فقط بإزالة الحواجز الوطنية أمام المستثمر الأجنبى ومنحه قدر عال من المزايا الخاصة، وإنما يعتمد تحقيق هذا الهدف على مدى ما توفره الدولة للباحثين عن مجالات رحبة وآمنة للاستثمار من سبل لاقتضاء حقوقهم وضمان الحماية لأموالهم.

من وجهة نظر المستثمر الأجنبى، فان هذه السبل وتلك الضمانات لا تتوافر لها الفاعلية المأمولة إذ ظل أمر تقديرها، عند المنازعة فيها، بين أيدى القضاء الوطنى للدولة المضيفة، ومن هنا تبدو أهمية التحكيم الدولي كوسيلة مناسبة وضمانة فعالة لفض منازعات الاستثمار بحيدة تامة.

ومع ذلك، فان الثقة في التحكيم من جانب المستثمر الأجنبى تقابلها، من جانب الدول النامية، مخاوف جمة، وفى بعض الأحيان مبررة، تحيط باللجوء إلى هذه الوسيلة القضائية الخاصة لفض المنازعات.

فالاعتراف للدولة، أو الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة لها، بسلطة اللجوء للتحكيم في مجال الاستثمارات الخاصة يتضمن، على الأقل من جانب الفكر التقليدى، تحديدًا وتقييداً لسيادتها.

ومن ناحية أخرى، فان هذا الاعتراف يؤدى إلى إخضاع منازعات يغلب عليها طابع القانون العام، وتتصل في بعض الأحيان بمصير قطاع من القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطنى، لاختصاص سلطة خاصة غير رسمية لفرد، أو مجموعة من أفراد القانون الخاص.

فى الواقع إن المخاوف الحقيقية للدول النامية حيال التحكيم الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار التي تكون طرفا فيما تكمن في القضاء التحكيمى ذاته



والنهج العملى الذي سار عليه على مدى عقود كثيرة.فقد انشغل هذا القضاء وفى عديد من المنازعات بالدفاع عن المستثمر الأجنبي وضـــمان حقوقـــه غـــافلا عـــن اهتمامات التنمية في هذه الدول.

إن نجاح أسلوب التحكيم الدولي في إطار منازعات الاستثمار منوطـــا بمـــدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبى وضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للبلاد النامية ومن ثم بات مؤكدًا ضرورة تطوير التحكيم الدولي بما يتوافق مع طبيعة روابط الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات.

وإذا كانت اتفاقية واشنطون لتسوية منازعات الاستثمار قد قطعت شـــوطا في سبيل بلوغ الهدف، وبالرغم من إن واضعوها قد جاهدوا من اجـــل إيجـــاد نظـــام متكامل لتسوية هذه المنازعات إلا أن نصوص هذه الاتفاقية قد جاءت بكثير مـــن الضوابط التي بقدر مراعاتها للإرادة الكاملة للأطراف قد ذهبت بكثير من قوة هذه الاتفاقية وفاعليتها.

لذا فمازالت الحاجة قائمة لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين كثير من القواعد المادية الكفيلـــة بحمايـــة رأس المال الأجنبي وإقامة عدالة متوازنة تتطلع إليها الدول النامية